



UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE

Dipartimento di Giurisprudenza
e Scienze Politiche Economiche e Sociali

**DOTTORATO DI RICERCA IN
AUTONOMIE LOCALI,
SERVIZI PUBBLICI E DIRITTI DI CITTADINANZA**

Ciclo XXVIII

Coordinatore scientifico: prof. Renato Balduzzi

***Partecipazione amministrativa
e democrazia***

S.S.D. IUS/10

Dottorando

Dott. Nicola Dessì

Tutore

Prof. Eugenio Bruti Liberati

Anni 2012-2015

PARTECIPAZIONE AMMINISTRATIVA E DEMOCRAZIA

Indice

Introduzione.	4
--------------------	---

Capitolo I

Partecipazione e democrazia: alcuni concetti di fondo

1 - Partecipazione e democrazia partecipativa	11
2 - Democrazia deliberativa.....	17
3 - Definizione di “partecipazione”: conclusioni.	21
4 - Forme di partecipazione.....	25
5 - Partecipazione e giusto procedimento.	29

Capitolo II

Partecipazione e legittimazione democratica

1 - Partecipazione e legittimazione nell’ordinamento interno.	34
2 - Partecipazione e legittimazione nel contesto globale.....	42
2.1 - <i>Processi decisionali e dimensione globale.</i>	42
2.2 - <i>Partecipazione e legittimazione nella governance transnazionale.</i>	47
3 - Partecipazione amministrativa e legittimazione.....	51
4 - Partecipazione e “nuova” società.....	57

Capitolo III

La partecipazione amministrativa in Italia

1 - Partecipazione amministrativa e Costituzione.	61
1.1 - Diritto alla difesa e imparzialità dell'amministrazione.	70
1.2 - Buon andamento dell'amministrazione.	74
1.3 - Partecipazione e determinazione dell'interesse pubblico.	84
1.4 - Giusto procedimento e giurisprudenza costituzionale.	86
1.5 - Conclusioni.	89
2 - Partecipazione amministrativa e ordinamento statale.	90
2.1 - La partecipazione amministrativa nel Regno d'Italia.	90
2.2 - Garanzie partecipative e legge n. 241/1990.	93
2.3 - Garanzie partecipative e atti generali.	99
2.4 - Il (possibile) significato degli artt. 3 e 13.	103
3 - Partecipazione amministrativa e ordinamento regionale.	110
3.1 - Partecipazione alla formazione degli atti amministrativi.	111
3.2 - Partecipazione alle decisioni pubbliche regionali.	116
4 - Partecipazione amministrativa e ordinamento degli enti locali.	119
5 - Partecipazione amministrativa e ordinamento europeo.	121
5.1 - Partecipazione amministrativa nell'Unione Europea.	121
5.2 - Partecipazione amministrativa e CEDU.	124
6 - Conclusioni.	125

Capitolo IV

Partecipazione davanti alle Autorità indipendenti

1 - Normativa e giurisprudenza.	127
2 - La "asimmetria" tra AAI e Ministeri.	132
3 - Autorità indipendenti, legittimazione democratica e partecipazione.	135

Capitolo V

Partecipazione e infrastrutture strategiche

Introduzione. Infrastrutture strategiche e democrazia.	145
1 - Partecipazione e infrastrutture strategiche: la disciplina	149
1.1 - <i>Quadro costituzionale</i>	149
1.2 - <i>La partecipazione nel previgente codice dei contratti pubblici</i>	152
1.3 - <i>Partecipazione, VIA e VAS (e obblighi internazionali)</i>	153
1.4 - <i>Partecipazione e infrastrutture nel nuovo codice dei contratti</i>	159
1.5 - <i>Procedimento di emergenza per le infrastrutture prioritarie</i>	161
1.6 - <i>Disciplina regionale</i>	162
2 - Il <i>débat public</i> infrastrutturale in Francia.....	164
2.1 - <i>Vincoli costituzionali. La Convenzione di Aarhus in Francia</i>	165
2.2 - <i>La normativa e la sua evoluzione</i>	168
2.3 - <i>Efficacia del dibattito pubblico e dell'inchiesta pubblica</i>	176
2.4 - <i>Dalle infrastrutture all'intera attività amministrativa</i>	183
3 - Alcuni casi esemplari nell'esperienza italiana.	185
3.1 - <i>Osservatorio per la ferrovia Torino-Lione</i>	185
3.2 - <i>Dibattito pubblico infrastrutturale in Toscana</i>	190
3.3 - <i>Dibattito pubblico sulla "Gronda di ponente" a Genova</i>	193
4 - Conclusioni.	195
Brevi considerazioni conclusive	200
Indice della dottrina e della giurisprudenza citate	205

Introduzione.

La produzione dottrinale in materia di partecipazione popolare alle decisioni pubbliche è sterminata. A sua volta, il tema specifico della partecipazione all'attività amministrativa è ampiamente dibattuto dalla letteratura giuridica.

Tuttavia, la rilevanza della questione è tale da richiedere continua attenzione, anche alla luce dell'inevitabile evoluzione delle norme che definiscono contenuti e forme della partecipazione: infatti, se le esigenze della democrazia richiedono che i cittadini intervengano nella formazione delle decisioni pubbliche, allora è opportuno che tale evoluzione sia costantemente monitorata e valutata, in modo da verificare se - e in che misura - la disciplina vigente consenta un'effettiva partecipazione popolare alle scelte collettive.

Resta da verificare se la prima premessa del sillogismo è corretta.

In effetti, il nesso fra partecipazione e democrazia non è scontato. Se è fin troppo evidente - è appena il caso di ribadirlo - che questo nesso esiste, e che il potere esercitato dai cittadini è tanto maggiore, quanto più essi possono intervenire in una decisione, tuttavia la dottrina non giunge a conclusioni unanimi quanto alla funzione e ai contenuti della partecipazione.

In che misura la partecipazione è indispensabile alla democrazia? A quale scopo assolve? I cittadini devono esercitare una quota di potere decisionale?

In primo luogo, non è possibile rispondere correttamente a queste domande, se non si definisce chiaramente la nozione di "partecipazione", nozione tutt'altro che pacifica. In dottrina, non mancano voci autorevoli che assimilano la democrazia partecipativa alla democrazia diretta e, pertanto, ai meccanismi che consentono ai cittadini di esprimere un'indicazione vincolante per i poteri pubblici. Diversamente, alcuni autori adottano una nozione più ristretta, includendo nella "partecipazione" soltanto le attività svolte dai cittadini per incidere sulle decisioni pubbliche, senza - per ciò stesso - sostituirsi al decisore. Invero, la seconda tesi descrive con maggiore esattezza le dinamiche delle decisioni pubbliche, distinguendo la "partecipazione" al potere dalla

“produzione” del potere. Se la si accoglie, allora è chiara la finalità della partecipazione, e - al tempo stesso - il suo limite; attraverso la partecipazione, i cittadini influenzano le scelte collettive, e - al tempo stesso - non le intraprendono direttamente.

Stante questa definizione, è più agevole individuare il ruolo della partecipazione in un ordinamento giuridico democratico. Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa sono modelli pienamente compatibili, e anzi sono complementari; l'uno non può fare a meno dell'altro, ed entrambi concorrono a rendere effettiva la sovranità popolare.

I cittadini non hanno il potere di assumere direttamente le decisioni pubbliche, ma solo di delegare questo potere ad altri soggetti. Al contempo, i cittadini devono avere il potere di scegliere i decisori: quantomeno, devono avere il potere di scegliere coloro che determinano le regole ai quali i decisori devono attenersi, e devono avere la garanzia di poterli sostituire, qualora la maggioranza sia insoddisfatta del loro operato. Questa è, all'incirca, la caratteristica basilare della democrazia rappresentativa. Se questa condizione non si avvera, la partecipazione dei cittadini è insufficiente a conferire la legittimazione democratica alle scelte che riguardano la collettività. L'assenza di un'autorità direttamente o indirettamente responsabile verso i cittadini sarebbe coerente con il principio di sovranità popolare soltanto se il popolo si sostituisse direttamente al decisore, secondo lo schema tipico della democrazia diretta; tuttavia, resta necessaria l'esistenza di un'autorità, al fine di evitare che i cittadini risolvano controversie e conflitti con l'uso della forza, e a tal fine è inevitabile che l'autorità conservi autonomia decisionale rispetto ai cittadini, onde poter stabilire regole valide per tutti.

A questo proposito, bisogna evidenziare che, a parere della dottrina, i fenomeni tipici della globalizzazione politica ed economica stanno indebolendo il ruolo delle istituzioni statali, direttamente o indirettamente legittimate dai cittadini. Ne risulta accresciuto il potere decisionale delle organizzazioni sovranazionali, la cui legittimazione democratica non è del tutto incontestata; si consideri che

L'attività di regolazione economica su scala globale è svolta - anche - da soggetti di diritto privato. Ne deriva un *deficit* nella democraticità delle scelte collettive. Nondimeno, le considerazioni appena formulate inducono a dubitare che la democrazia partecipativa costituisca un efficace antidoto a questa tendenza. Date tutte queste premesse, la partecipazione non può sostituire il voto popolare, al fine di legittimare le decisioni assunte da un'autorità pubblica.

E pure, come ha correttamente evidenziato la dottrina giuridica e politologica, anche la democrazia rappresentativa potrebbe rivelarsi inadatta a rispettare la volontà popolare, se i cittadini, dopo avere scelto i loro rappresentanti, non potessero esercitare alcuna influenza sulle loro decisioni. Del resto, se si verificasse una simile ipotesi, i cittadini che non si riconoscono nelle proposte della maggioranza - determinata in seguito alle elezioni - sarebbero sostanzialmente esclusi dai processi decisionali di rilevanza pubblica, almeno fino alla tornata elettorale successiva. A questo proposito, la Costituzione italiana contempla alcuni istituti giuridici - il principale dei quali è il partito politico, menzionato all'art. 49 - che permettono ai cittadini di esprimere le proprie opinioni e difendere i propri interessi nella vita pubblica, anche quando non sono chiamati a esercitare il loro diritto di voto. Ne deriva che la partecipazione consente l'espressione della sovranità popolare, anche quando i meccanismi della democrazia rappresentativa sono insufficienti a soddisfare questa esigenza.

Questo assunto è tanto più fondato, se lo estende all'attività amministrativa. Essa, per sua natura, è esercitata nel rispetto delle norme stabilite dal potere legislativo, e, dunque, delle opzioni politiche determinate dalla maggioranza dei cittadini. Sennonché, al tempo stesso, l'amministrazione conserva un inevitabile margine di discrezionalità. Quando il contenuto del provvedimento non è interamente predeterminato dalla norma attributiva del potere, i cittadini non possono concorrere a determinarlo, se non intervenendo a monte della sua adozione, ossia nel corso del procedimento.

Peraltro, la stessa attività amministrativa vincolata richiede la partecipazione procedimentale dei cittadini, di modo che essi possano verificare l'effettivo rispetto della norma attributiva del potere, prevenendo eventuali abusi, senza che si renda necessaria l'impugnazione del provvedimento finale in sede giurisdizionale. Del resto, è noto - e la dottrina lo ha ampiamente evidenziato - che la partecipazione amministrativa assolve anche a una funzione difensiva, a tutto vantaggio del privato, che potrà tutelare la propria posizione soggettiva, qualora questa sia - o possa essere - interessata dal provvedimento.

A sua volta, la letteratura giuridica ha ripetutamente dimostrato l'esistenza di una relazione tra la partecipazione e i principi generali dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 della Costituzione. L'emersione di tutti gli interessi coinvolti, attraverso regole precisamente determinate e uguali per tutti i privati, giova all'imparzialità della P.A., almeno quanto l'intervento dei cittadini favorisce il buon andamento della sua azione. Da un lato, la partecipazione - come si è accennato - contribuisce a prevenire il contenzioso giurisdizionale, nonché - agevolando il dialogo fra amministrati e amministrazione, ma anche fra gli amministrati stessi - a ridurre l'intensità dei conflitti che possono derivare dalla decisione e ostacolarne l'esecuzione: d'altronde, le regole della democrazia impediscono l'eliminazione delle contrapposizioni che, per natura, caratterizzano la società; il compito delle istituzioni pubbliche consiste, appunto, nel riconoscerne e nel facilitarne - finché possibile - la convivenza, in un quadro di regole comuni, di volta in volta modificabili secondo il volere espresso dalla maggioranza dei cittadini. Per altro verso, i privati possono portare a conoscenza dell'autorità una serie di elementi di fatto che l'autorità ignora, ma che sono decisivi per l'adozione di una decisione corretta: alle somme, la presenza dei cittadini nel procedimento pone l'amministrazione nelle condizioni più adatte per difendere l'interesse pubblico, e anzi, all'occorrenza, concorre a determinare l'interesse pubblico, quando la sua definizione dipende dall'esatta ricostruzione di una situazione concreta e l'amministrazione non dispone di informazioni sufficienti a tal fine.

Naturalmente, questi obiettivi sono raggiungibili solo se tutte le parti coinvolte - non solo i soggetti più forti - possono inserirsi nel processo decisionale.

Inoltre, la partecipazione deve svolgersi secondo metodi e norme procedurali che consentano ai cittadini di esprimere efficacemente la propria opinione e di esercitare una reale influenza sulla decisione finale.

Materialmente, possono essere impiegate le tecniche più disparate, peraltro altamente facilitate dallo sviluppo tecnologico: l'audizione orale, la presentazione di memorie scritte, l'indizione di dibattiti.

Un confronto ispirato a criteri di razionalità e obiettività, secondo i principi della *deliberative democracy*, non può che giovare all'adozione di una decisione finale imparziale e fondata su una valutazione esatta dei fatti rilevanti, sebbene non si debba dimenticare che, quando la partecipazione è finalizzata alla difesa di un interesse non differenziato, possono essere coinvolte anche posizioni soggettive fondate su apodittiche scelte di valore, le quali - per natura - non possono essere piegate nemmeno dall'argomentazione più logica e coerente.

Ciò premesso, la disciplina deve assicurare almeno tre elementi, al fine di garantire una vera partecipazione alle decisioni pubbliche: i cittadini devono essere correttamente informati dei fatti in merito ai quali l'amministrazione sta procedendo; devono poter intervenire nella fase iniziale del processo decisionale, e non quando la scelta finale risulta ormai imm modificabile né, peggio ancora, quando è già stata intrapresa; devono poter verificare che l'amministrazione abbia tenuto in considerazione il loro apporto, e a tal fine è essenziale che il provvedimento finale sia puntualmente motivato.

Tutto ciò considerato, emerge chiaramente l'utilità di un'indagine, finalizzata ad accertare lo "stato di salute" della partecipazione amministrativa in Italia, almeno limitatamente alla partecipazione procedimentale.

In sostanza, compiere una ricognizione in tema di partecipazione amministrativa equivale a verificare se il legislatore italiano ha profuso sforzi sufficienti per attuare il principio di sovranità popolare, pur tenendo conto che

la difesa della democrazia partecipativa - vale la pena ribadirlo - non contrasta, né può contrastare, con la democrazia rappresentativa.

Questo lavoro si apre con una ricostruzione generale della nozione di “partecipazione” e di “democrazia partecipativa”. Quindi, saranno tratte alcune conclusioni in ordine alla funzione della partecipazione amministrativa nel contesto di un ordinamento democratico.

Successivamente, si metterà in luce che la normativa attualmente vigente in Italia assicura soddisfacenti garanzie a quei privati che intendono difendere una posizione differenziata e qualificata. Al contempo, la legge generale sul procedimento rimette alla disciplina di settore ogni disposizione in merito all'intervento dei cittadini nella formazione degli atti normativi e a carattere generale. Questa disposizione non comporta necessariamente l'esclusione delle garanzie partecipative in questo tipo di procedimenti, nei quali, semmai, si esige *a fortiori* - data la pluralità e la complessità degli interessi coinvolti - che sia rafforzata l'imparzialità amministrativa, allargata la base conoscitiva dell'autorità, prevenuto l'insorgere di contrasti tra le parti interessate. Ciononostante, le norme di settore non sono costanti nel riconoscere e regolare la partecipazione procedimentale.

In alcuni casi, la disciplina è progredita in seguito al decisivo impulso della giurisprudenza; così è avvenuto per la consultazione degli interessati nell'attività di regolazione svolta dalle Autorità amministrative indipendenti, sebbene - a questo proposito - si continui a registrare una vistosa asimmetria rispetto ai Ministeri, i quali, al momento di svolgere la medesima attività, sono generalmente soggetti a oneri meno stringenti.

In altri settori, l'intervento dei cittadini nel processo decisionale è stato a lungo negato, o fortemente limitato. Si pensi ai procedimenti di localizzazione e realizzazione delle infrastrutture di interesse nazionale, procedimenti che, in taluni ordinamenti stranieri, si svolgono - anche - mediante l'adozione di moduli procedimentali che permettono la partecipazione popolare. Il recente codice dei contratti pubblici dimostra che anche il legislatore italiano si sta

gradualmente muovendo in questa direzione, anticipato - in questo senso - dalla normativa vigente in alcune Regioni.

In sintesi, il legislatore italiano è tutt'altro che insensibile alle esigenze della partecipazione amministrativa. Sennonché, la disciplina presenta ancora alcune debolezze strutturali: i cittadini - singoli o associati - si trovano pienamente in condizione di difendere il proprio interesse legittimo nella formazione di atti singolari o plurimi, ma non sono agevolati al momento di tutelare esigenze di diversa natura, sebbene gli atti generali, di pianificazione e di programmazione non si limitino a incidere sugli interessi individuali e collettivi.

I - Partecipazione e democrazia: alcuni concetti di fondo.

1 - Partecipazione e democrazia partecipativa¹.

Il significato letterale di “partecipazione” è sufficientemente chiaro da non necessitare ulteriori approfondimenti lessicali o etimologici. Solo per scrupolo, se ne riporta una definizione di massima: la partecipazione è un insieme di comportamenti finalizzati a prendere parte in un’azione; la difficoltà consiste nell’individuare il valore politico - e giuridico - delle procedure partecipative².

Questa indagine si soffermerà sulla relazione fra partecipazione e democrazia. In astratto, la partecipazione democratica - in quanto nozione generica - può ricomprendere tutte le ipotesi in cui i cittadini prendono parte ai processi decisionali che riguardano l’intera collettività.

La relazione fra partecipazione e diritti politici del cittadino è controversa.

Com’è noto³, il popolo può esercitare questi diritti assumendo direttamente le decisioni di rilevanza pubblica (democrazia diretta)⁴ o delegando alcuni cittadini ad assumerle in suo nome e per suo conto (democrazia rappresentativa).

In realtà, nel contesto di una democrazia rappresentativa, solo alcuni cittadini concorrono attivamente a determinare il contenuto delle proposte politiche avanzate all’interno degli organi elettivi. Il resto dell’elettorato è formato da cittadini che si limitano a sostenere un’opzione politica delineata da altri⁵.

1) Sul tema, v. U. ALLEGRETTI, alla voce *Democrazia partecipativa*, in Enciclopedia del Diritto, Milano, 2011, Annali n. 4, pp. 295 e ss.

2) “*Participation*’ is the act of taking part or having a share with others in some action. Problems arise when the word ‘political’ is joined with the word ‘participation’” (PARRY, *The Idea of Political Participation*, in *Participation in Politics*, Manchester, 1972, p. 3).

3) V. la sintesi di PIZZORUSSO (*Partecipazione e Parlamento*, in *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milano, 1980, p. 134).

4) In cui sono comprese le “*manifestazioni di attività popolare assunte come proprie dallo stato, o comunque determinanti un vincolo a suo carico*” (MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 722). La democrazia diretta si rifà al *Contratto sociale* di J.J. ROUSSEAU: “*Toute loi que le peuple en personne n’a pas ratifiée est nulle*”.

5) Ma *cf.* art. 49 Cost.: *tutti* i cittadini, non solo alcuni, hanno il diritto di delineare un’opzione politica, associandosi in partiti politici.

Sulla base di questo dato - e posto che, per “prendere parte” a un processo, occorre tenere una condotta attiva - parte della dottrina ritiene che il processo elettorale non costituisca un’autentica manifestazione di partecipazione, almeno per quanto riguarda il voto attivo⁶. Secondo altri autori, neanche il voto passivo e l’esercizio delle cariche pubbliche sono forme di “partecipazione”⁷.

Fin tanto che l’elettore formula una scelta politica autonoma e consapevole⁸, è dubbio che si possa qualificare il suo comportamento - in sé - come non “attivo”. Tuttavia, in effetti, il cittadino che si reca alle urne per esprimere il suo sostegno a un programma politico si trova in una posizione diversa, rispetto al cittadino che mette in pratica lo stesso programma⁹. Infatti, i cittadini che svolgono professionalmente l’attività politica si trovano su un piano diseguale rispetto agli altri, per una sola, banale, ragione: essi sono i detentori del potere decisionale¹⁰.

Pertanto, in una democrazia rappresentativa, il cittadino può impegnarsi attivamente - e quindi, tecnicamente, “partecipare” - per influenzare le scelte

⁶) “Votare è votare è basta; non è abbastanza per qualificarsi come un ‘prendere parte’ che è coinvolgimento e impegno attivo” (SARTORI, *Democrazia: cosa è*, Milano, 2007, p. 80).

⁷) “La partecipazione può essere considerata come la presenza nell’amministrazione del non professionista” (LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 1977, n. 2, p. 1635). “Chi vive di e per la politica esercitando ruoli specializzati, molto impegnativi ed assorbenti, nel sistema politico o nella società esula dalla nostra definizione di partecipazione” (RANIOLO, *La partecipazione politica*, Bologna, 2007, p. 26).

Contra, v. MILBRATH, laddove, nel redigere una “*Hierarchy of Political Involvement*”, elenca - in ordine decrescente di importanza - i comportamenti necessari alla partecipazione politica, e ne cita innanzitutto due: “*Holding public and party office*” e “*Being a candidate for office*” (da *Political participation*, Chicago, 1965, p. 18). Anche BUSH ricomprende nella “partecipazione” “la titolarità di una carica politica” (*Politica e società*, Bologna, 2008, p. 131).

⁸) In altre parole, non “partecipa” l’elettore che, pur senza essere minacciato nella sua libertà di voto, non riesce a far fronte a un condizionamento psicologico esterno, e viene “mobilitato” da un soggetto politico ovvero da un soggetto che persegue finalità politiche. “Mentre la partecipazione è un modo di essere del pubblico, la mobilitazione appare al contrario una tecnica di intervento sul pubblico” (FISICHELLA, *Elezioni e democrazia*, Bologna, 1982, p. 70).

⁹) (...) *partecipazione* è prendere parte in persona, e un prendere parte attivo che è davvero mio, da me liberamente deciso e perseguito. (...) *Partecipazione* è mettersi in moto (da sé), non è ‘essere messo in moto’ da altri (mobilitazione)” (SARTORI, *op. ult. cit.*, p. 79).

¹⁰) “Sembra plausibile ritenere che l’idea di partecipazione (...) si connetta all’idea di eguaglianza nella distribuzione del potere” (LEVI, *op. ult. cit.*, p. 1638). RANIOLO (*op. ult. cit.*, p. 27) distingue fra la logica “*ascendente della partecipazione*” e quella “*discendente del potere*”.

collettive, ma non le può assumere direttamente: la partecipazione al potere non può essere confusa con la produzione del potere¹¹.

Alle somme, la partecipazione dei cittadini non richiede l'esercizio di un potere decisionale. Proprio per questa ragione, la partecipazione è pienamente compatibile con la democrazia rappresentativa¹², sebbene parte della dottrina esprima alcune perplessità in tal senso¹³.

Per completezza, si segnala che alcuni autori hanno rinvenuto il fondamento della partecipazione nella progressiva trasformazione delle istituzioni tipiche dello Stato liberale classico, alla quale conseguirebbe il superamento della contrapposizione fra Stato e società¹⁴. Tuttavia, è bene chiarire che questo

¹¹) RANIOLO (*op. e loc. ult. cit.*) rimanda a LASSWELL: “Una distinzione importante è quella tra i produttori di potere e quelli che si limitano a parteciparvi. Una élite di potere è composta da coloro che esercitano il maggior peso sulle decisioni, sia come produttori sia come partecipanti. L'élite media e la massa hanno invece scarsa influenza, e restano oggetti relativamente passivi del processo politico” (v. alla voce *Politica*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1980, vol. V, p. 455).

¹²) Infatti, “(...) la politica non può essere sostituita dalla partecipazione (...) la soluzione non può essere quella di attribuire per legge un valore vincolante alle decisioni dei forum partecipativi. La loro forza deve risiedere nell'influenza che riescono a esercitare, non nei poteri legali che sono loro attribuiti (...) La democrazia partecipativa non è una replica - con altri protagonisti - della democrazia rappresentativa. È una cosa diversa?” (L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, Milano, 2006, n. 4, pp. 13 e 22-23).

Questa posizione è condivisa dagli stessi sostenitori della democrazia partecipativa. Essa manifesta la sua novità rispetto alle altre forme di democrazia, compresa la democrazia rappresentativa, “senza per questa che si debba pensare a una sostituzione (...) ma piuttosto a un complemento, a un'integrazione, a un arricchimento” (U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, *op. cit.*).

¹³) “È vero che la partecipazione designa una attività che, in quanto tale, non pretende a risultati immediati e definitivi, ma che per essere funzionale ha bisogno di integrarsi in altri meccanismi. È difficile però pensare che la partecipazione sociale possa accordarsi sino in fondo con gli istituti della rappresentanza: come si è detto, si tratta di due modi politici che confliggono tra loro, e per i quali è difficile costruire una stanza di mediazione e di incontro” (BERTI, *La parabola regionale nell'idea di partecipazione*, in *Le regioni*, Bologna, 1974, n. 1, p. 2). Lo stesso Autore (*ibid.*, p. 3), comunque, afferma che “la partecipazione (...) non può proporsi il raggiungimento immediato di obiettivi sociali. Diventa insomma un ausilio prestato agli organi di rappresentanza”.

¹⁴) Secondo la sintesi di LEVI, questa parte della dottrina asserisce che “la partecipazione sarebbe il socializzarsi della politica e dell'amministrazione, in connessione con il passaggio dallo stato liberale e dall'amministrazione autoritativa allo stato sociale ed all'amministrazione erogatrice di servizi”, sulla base della “tendenza storica per cui la contrapposizione tra Stato e società, teorizzata e consolidatasi nell'epoca liberale, va attenuandosi fino a scomparire” (*Partecipazione e organizzazione*, *op. cit.*, p. 1628). Tuttavia, secondo M. CHITI, la trasformazione dello Stato liberale non è avvenuta; o, quantomeno, non in misura tale da modificare il rapporto fra Stato e cittadini: “il tanto mitizzato Stato sociale (...) non risulta che un aggiornamento obbligato del vecchio Stato di diritto borghese (...) immutate sono rimaste le basi dell'ordinamento, tuttora ancorato sullo status quo economico e sociale ridimensionato esternamente da un manto 'sociale', troppo vago ed indefinibile per

“superamento” non è da interpretarsi - non necessariamente, almeno - come la fine della democrazia rappresentativa¹⁵. In linea teorica, il principio di sovranità popolare può attenuare in misura sensibile la distinzione fra cittadini e autorità, come sostiene parte della dottrina¹⁶, ma ciò non implica affatto che la sovranità sia direttamente ed esclusivamente esercitata dai cittadini¹⁷.

In virtù di queste premesse, si può affermare che un modello democratico fondato sulla partecipazione - la c.d. “democrazia partecipativa” - riconosce ai cittadini il diritto di intervenire nelle scelte collettive, attraverso¹⁸

“manifestazioni di opinione le quali non hanno necessariamente effetto determinante sulle decisioni che debbono essere prese da parte delle varie autorità, ma che valgono ad inserire nel procedimento di formazione degli atti dei pubblici poteri delle proposte o dei pareri mediante i quali le autorità vengono indotte a tener conto, ai fini della formazione delle loro decisioni, di un più ampio ventaglio di informazioni e di idee”.

condurre ad un effettivo superamento dei rapporti tradizionali?”. (Partecipazione popolare e istituti di democrazia diretta, in AA.VV., Studi per Ermanno Graziani, Pisa, 1973, p. 249).

¹⁵) Secondo BADURA, il Parlamento mantiene il suo potere: preso atto del “*progressivo superamento della contrapposizione Stato-società*”, questo processo “*potrebbe vedere l’amministrazione, cui è conferito un mandato democratico attraverso la mediazione e sotto il controllo del Parlamento, divenire strumento della società egualitaria*” (v. M. CHITI, *op. ult. cit.*, p. 248).

¹⁶) “*Ora se il popolo è il destinatario, il termine di riferimento attivo delle norme che contemplano e istituiscono i poteri di sovranità, il popolo stesso (...) si pone come soggetto di diritto, come persona. Ma se così è, non si può sfuggire alla conseguenza che appare ormai inevitabile, e cioè che il popolo è lo Stato, che la personalità giuridica del popolo coincide con la personalità dello Stato (...), e che quindi la sovranità del popolo non è che la sovranità dello Stato e viceversa*” (TOSATO, *Sovranità del popolo e dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, n. 1, p. 39).

Non è questa l’unica accezione possibile della sovranità popolare. Secondo CRISAFULLI, “*il popolo non è lo Stato, quando questo venga in considerazione come soggetto governante, ma sta con esso in un certo rapporto che può genericamente dirsi di rappresentanza e che varia nella sua specifica configurazione col variare degli ordinamenti giuridici*”; peraltro, lo stesso Autore rileva che l’argomento per cui “*il popolo, come tale, non è soggetto, e pertanto non può assumersi a titolare di una potestà giuridica; è soltanto nello Stato, che il popolo trova la sua personificazione giuridica*” non sia altro che un artificio per “*puntellare il ‘dogma’ della esclusiva sovranità dello Stato*”, di fatto negando la stessa appartenenza della sovranità al popolo (*La sovranità popolare nella Costituzione*, in *Stato popolo governo*, Milano, 1985, pp. 108 e 111).

¹⁷) È esattamente la distinzione presente nell’art. 1 della Costituzione italiana: la sovranità appartiene al popolo, ma il suo esercizio è limitato. “*È chiaro tuttavia che questi limiti entro i quali è circoscritto l’esercizio diretto della sovranità popolare, sono appunto limiti attinenti all’esercizio, non alla titolarità della sovranità*” (TOSATO, *Sovranità del popolo*, *op. cit.*, p. 5).

¹⁸) Per la citazione - e per la tesi che distingue fra democrazia partecipativa, rappresentativa e diretta - v. PIZZORUSSO, *Partecipazione e Parlamento*, *op. cit.*, pp. 133-134.

Si tratta di una forma di democrazia distinta rispetto alla democrazia rappresentativa, in cui il popolo investe - direttamente o indirettamente - il decisore pubblico.

Al contempo, la democrazia partecipativa si differenzia rispetto alla democrazia diretta¹⁹, in cui il popolo coincide con il decisore pubblico.

Ne consegue che l'esercizio del diritto di voto attivo e passivo è una pratica estranea alla democrazia partecipativa, in quanto accessoria alla sola democrazia rappresentativa²⁰.

Contra la distinzione fra democrazia diretta e partecipazione, v. RIZZA: “se la partecipazione consiste in forme di inserimento dei governati nella procedura del governare, non sembra potervi essere dubbio che il referendum ne costituisce espressione. Né potrebbe valere in senso contrario o riduttivo l'argomento della operatività solo negativa di questo istituto: per comune consenso si comprendono infatti nello strumentario della partecipazione moduli di efficacia assai meno consistente” (*La partecipazione popolare*, in AA. VV., *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Milano, 1982, vol. II, p. 870).

Cfr. LAVAGNA: “Possiamo qualificare semidirette e partecipative quelle democrazie che, accanto ai meccanismi rappresentativi, accolgano (...) gli istituti di democrazia diretta e, soprattutto, efficaci forme di partecipazione allo svolgimento di funzioni pubbliche da parte di enti autonomi minori, organismi privati e centri in genere di idee e di interessi?” (*Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, pp. 498-499). Conforme - in ambito amministrativistico, ma con generico riguardo alle pratiche di democrazia diretta - CASSETTA: “non si può disconoscere che i classici istituti di democrazia diretta costituiscono un modo per assicurare una qualche partecipazione della società all'amministrazione?” (*La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello Stato italiano*, ne *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, Milano, 1977, p. 71. V. altresì *La 'partecipazione democratica' nell'ordinamento regionale*, ne *Il foro amministrativo*, Roma, 1972, p. II, pp. 875-876 e 878).

Limitatamente al referendum, si riporta il parere di M. CHITI, che lo esclude dagli istituti partecipativi, enfatizzandone la scarsa efficacia: pur considerandolo “strumento garantistico e di controllo, non possono sfuggire la sua eccezionalità e il suo valore meramente negativo, che finiscono (...) per togliergli ogni effettiva rilevanza ai fini dell'arresto dell'assolutezza del dominio della maggioranza”; perciò, essi “non appartengono alla sfera della partecipazione popolare, che si caratterizza positivamente come particolare metodo decisionale, arricchito da una pluralità di interventi nella fase procedimentale”. (*Partecipazione popolare e istituti*, op. cit., pp. 256 e 259).

Nella letteratura nordamericana, ARNSTEIN sostiene che il ruolo del cittadino nella vita pubblica possa svolgersi secondo otto diverse modalità; il massimo grado di questa “scala della partecipazione” è assicurato dal c.d. *citizen control*, ossia dal potere di autogoverno esercitato dai cittadini, nel quadro di singole comunità (ad esempio, sono citate le *neighborhood corporations*, traducibili con “comunità di vicinato”). “Participants or residents can govern a program or an institution, be in full charge of policy and managerial aspects, and be able to negotiate the conditions under which 'outsiders' may change them” (*A Ladder of Citizen Participation*, in *Journal of the American Planning Association*, Chicago-New York, 1969, p. 224).

²⁰) Infatti, il voto - ma anche la militanza politica - sono attività “strettamente interne al funzionamento della democrazia rappresentativa e dal punto di vista della società esprimono una partecipazione puramente indiretta”. (U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, op. cit., p. 304). *Ibid.*, si qualifica come forma di partecipazione - seppure “in senso debole” - l'iniziativa legislativa popolare.

Per contro, la militanza nei partiti politici - nonostante la dottrina non sia unanime - può considerarsi un'attività di tipo partecipativo²¹.

Una parte della dottrina francese qualifica come “democrazia partecipativa” ogni intervento del cittadino nell'esercizio del potere politico, prima, durante e dopo l'adozione di una scelta collettiva²²: vi rientrano i casi in cui il popolo esercita almeno una parte del potere decisionale, in collaborazione con l'autorità pubblica, attraverso un *referendum* o tramite procedure di codecisione²³. Quando i cittadini sono consultati nel corso di un processo

²¹) Con riferimento alla Costituzione italiana, “il diritto garantito dall'art. 49, nella interpretazione decisamente affermata in dottrina, è un diritto ‘di partecipazione permanente’, che, in questo senso, supera e trascende quel diritto di partecipazione solo ‘puntuale’, anche se rinnovantesi a intervalli periodici, che è il diritto elettorale attivo”. (CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, vol. II, p. 116). “Tale disposizione, facendo dei partiti il tratto di unione tra il popolo e gli investiti del potere, lo strumento attraverso cui i cittadini possono influire sulle decisioni dei governanti e possono concorrere con continuità ed organicità alla determinazione delle direttive politiche, attribuisce ai partiti una funzione basilare nella vita della nostra democrazia rappresentativa”. (ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, ne *La Costituzione italiana-Saggi*, Padova, 1954, p. 228).

²²) “La ‘*démocratie participative*’ désigne l'ensemble des procédés par lesquels le citoyen s'implique directement dans l'exercice du pouvoir politique, avant, pendant ou après l'adoption de la norme juridique (...) Par la *démocratie participative*, le citoyen est invité à s'impliquer non seulement dans la préparation et l'adoption de la norme, mais également dans son application voire dans l'évaluation de son efficacité pratique”; se si svolgono su scala locale, le pratiche partecipative danno vita al modello della “democrazia di prossimità”: “la ‘*démocratie de proximité*’ n'est a priori que la forme locale” della democrazia partecipativa (ROBBE, *La démocratie participative*, Parigi, 2007, p. 14).

²³) “La logique démocratique est censée impliquer désormais une présence beaucoup plus active du citoyen dans les rouages politiques, par l'extension de la démocratie semi-directe, ainsi que l'octroi de possibilités nouvelles dans le fonctionnement même de la machine administrative. On voit ainsi émerger un modèle de ‘*démocratie participative*’”. (CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Parigi, 2003, p. 169). “Les modalités de (...) codecision voire de décision référendaire des citoyens (...) se présentent alors comme les vrais outils de la démocratie locale dite ‘*participative*’. Les modalités juridiques participatives se situent en amont du processus décisionnel (par l'information et la consultation), au moment de la prise de décision (qui est le plus souvent une formule de ‘co-décision’ avec l'organe délibérant local), mais aussi parfois, en aval, au regard du contrôle voire de l'évaluation de l'exécution de la décision politico-administrative (...)” (GUÉRARD, *La démocratie locale participative*, in ROBBE, *op. ult. cit.*, pp. 125-126).

Tuttavia, sempre in *op. ult. cit.*, LEFEBVRE fa presente che la partecipazione non sottrae ai poteri pubblici l'esclusiva sulla scelta finale: “Rien dans les modalités juridiques nouvelles de la démocratie locale ne sort du registre de la représentation. L'intégration éventuelle du public à divers niveaux n'y change rien: la décision est toujours pensée par le droit comme un affaire exclusive des élus (...) La *démocratie participative* ne saurait être conçue comme un substitut mais comme un adjuvant à la *démocratie représentative*” (*Non-dits et points aveugles de la démocratie participative*, p. 44).

Cfr. SINTOMER, HERZBERG e RÖCKE: “la *démocratie participative* consiste à articuler en complément des mécanismes classiques du gouvernement représentatif des procédures de démocratie directe où des habitants non élus (ou leurs délégués soumis à un mandat semi imperatif) se voient reconnaître une compétence décisionnelle” (*Les budgets participatifs en Europe*, Parigi, 2008, p. 319).

decisionale, ma non acquisiscono il diritto alla scelta finale, questa parte di dottrina adotta la definizione di “democrazia deliberativa”²⁴. Tutte le forme di controllo popolare delle decisioni pubbliche, diretto o indiretto, (anche) al di fuori del momento elettorale, sono incluse nella nozione più generale di “democrazia continua”²⁵.

In sintesi, secondo la definizione qui esaminata, la democrazia partecipativa è un *genus* che annovera una pluralità di procedure, a loro volta raggruppabili in diverse categorie: consultazione (o “democrazia deliberativa”, prima della decisione), codecisione o *referendum*, verifica popolare successiva alla scelta. Si noterà che non è agevole distinguere la democrazia partecipativa - intesa secondo questa accezione - rispetto alla democrazia diretta.

2 - Democrazia deliberativa.

La dottrina francese esaminata nel precedente paragrafo definisce la democrazia deliberativa come una particolare categoria di pratiche partecipative. Nella dottrina italiana si rinvencono posizioni analoghe: la democrazia partecipativa può manifestarsi o come “democrazia deliberativa”, quando consente ai cittadini di incidere nell’assunzione delle decisioni, oppure come “democrazia consultiva”, quando essi possono intervenire soltanto prima che queste vengano assunte²⁶.

²⁴) “Le concept de démocratie délibérative regrouperait l’ensemble des techniques par lesquels les destinataires de la règle de droit peuvent être consultés au cours de l’élaboration de la décision, sans que le pouvoir de décider leur soit pour autant transféré” (ROBBE, *op. e loc. ult. cit.*).

²⁵) “Le régime contemporain d’énonciations des normes est démocratique, au sens où il donne au peuple la possibilité permanente en dehors même des moments électoraux”; “la démocratie continue (...) transforme et élargit l’espace de la participation populaire en inventant des formes particulières permettant à l’opinion d’exercer un travail politique: le contrôle continu et effectif, en dehors des moments électoraux, de l’action des gouvernants” (D. ROUSSEAU, *De la démocratie continue*, in *La démocratie continue*, Parigi, 1995, p. 25).

²⁶) “Parleremo allora di “democrazia partecipativa” in generale, come categoria applicabile a entrambi i tipi di partecipazione (sia consultiva, sia deliberativa); mentre parleremo di “democrazia deliberativa”, come sua forma specifica e più rilevante, caratterizzata dall’assunzione di decisioni comuni e dall’impegno a rispettarle da parte dell’attore pubblico, nella fase di implementazione” (PACI, *Welfare locale e democrazia partecipativa*, Bologna, 2008, p. 19).

In realtà, l'opinione prevalente - muovendo dal significato che la parola *deliberation* assume in lingua inglese²⁷ - interpreta la "democrazia deliberativa" non come un insieme di procedure, bensì come un metodo al quale le procedure devono essere improntate. Nella democrazia deliberativa, la partecipazione alle scelte collettive avviene per mezzo di una discussione pubblica fra cittadini liberi, eguali e informati²⁸, improntata a criteri di razionalità e imparzialità²⁹, nella quale il cittadino presenta una serie di argomenti a sostegno della propria posizione.

²⁷) "Gran parte del dibattito scientifico (...) ha adottato il significato che il concetto di *deliberazione* ha in inglese, concentrandosi più sulle modalità della discussione che precede la decisione, anziché sulla decisione stessa e sulla sua rilevanza per l'azione pubblica" (PACI, *op. e loc. ult. cit.*). "Per un americano o un inglese la parola *deliberation* "indica il processo attraverso il quale si esamina una questione, una proposta, un progetto e se ne ponderano con attenzione i vantaggi e gli svantaggi prima di prendere una decisione (...) In italiano invece la *deliberazione* indica l'atto di prendere una decisione dopo avere esaminato gli argomenti favorevoli e contrari" (BOSETTI-MAFFETTONE, *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004, p. 7).

²⁸) "Deliberative democracy, broadly defined, is thus anyone of a family of views according to which the public deliberation of free and equal citizens is the core of legitimate political decision making and selfgovernment" (BOHMAN, *The Coming of Age of Deliberative Democracy*, in *Journal of Political Philosophy*, Hoboken, 1998, n. 6, p. 401).

²⁹) "All agree, I think, that the notion includes collective decision making with the participation of all who will be affected by the decision or their representatives: this is the democratic part. Also, all agree that it includes decision making by means of arguments offered by and to participants who are committed to the values of rationality and impartiality: this is the deliberative part" (ELSNER, introduzione di *Deliberative Democracy*, Cambridge-UK, 1998, p. 8. *Ibid.*, p. 6, l'Autore chiarisce che l'imparzialità è da intendersi come caratteristica della razionalità, per cui chiunque ricorra all'argomentazione è necessariamente "imparziale": "reason is impartial, both disinterested and dispassionate (...) anyone who engages in argument must appeal to impartial values").

Alcuni autori, nel definire la *deliberation*, si soffermano sul suo aspetto procedurale: GAMBETTA - "Claro!": *An Essay on Discursive Machismo*, in ELSNER, *op. ult. cit.*, p. 19 - cita AUSTEN-SMITH: "Deliberation (is) 'a conversation whereby individuals speak and listen sequentially' before making a collective decision". Altri evidenziano il suo risultato pratico, ossia l'influenza del "miglior argomento" sulla posizione dei partecipanti alla discussione: "Deliberation is a form of discussion intended to change the preferences on the bases of which people decide how to act" (PRZEWORSKI, *Deliberation and Ideological Domination*, in ELSNER, *op. ult. cit.*, p. 140).

Le radici della democrazia deliberativa sono da individuare nella c.d. "etica del discorso". Le questioni collettive devono essere risolte ricercando la verità per mezzo di uno scambio di argomenti razionali: "tutti gli interessati partecipano come liberi ed eguali ad una ricerca cooperativa della verità, nella quale può essere ammessa solo la costruzione dell'argomento migliore. Il discorso pratico vale come una forma esigente della formazione argomentativa della volontà, che (...) deve garantire, solo sulla base di presupposti universali della comunicazione, la giustizia (o lealtà) di ogni possibile accordo normativo". (HABERMAS, *Moralità ed eticità*, in AA. VV., *Etiche in dialogo*, Genova, 1990, p. 62). L'etica del discorso contiene alcuni elementi della visione di RAWLS; si possono individuare criteri oggettivi per raggiungere l'utilità sociale: "i principi di giustizia non dipendono in modo contingente dai desideri esistenti o dalle condizioni sociali del momento. Siamo quindi in grado di derivare una concezione di una struttura di base giusta e di un ideale della

La democrazia deliberativa è un ideale³⁰; perché sia realizzato, devono essere soddisfatte alcune condizioni³¹: la discussione non deve limitarsi a uno sterile scambio fra punti di vista individuali³², e deve consentire la prevalenza del miglior argomento; inoltre, deve essere allargata il più possibile, tendendo a includervi tutti i potenziali destinatari della decisione.

Invero, *deliberation* e partecipazione non sono sinonimi; in astratto, l'una può svolgersi senza l'altra³³. La partecipazione non consiste necessariamente in un dibattito³⁴. La discussione popolare può accompagnare tutti i processi decisionali, anche nell'ambito della democrazia rappresentativa³⁵.

persona (...) che possano servire da standard per valutare le istituzioni e per indirizzare la direzione complessiva del mutamento sociale"; è la c.d. "posizione originaria", "caratterizzata in modo da rendere possibile l'unanimità" della società. (*Una teoria della giustizia*, Milano, 2008, p. 259).

³⁰) BIFULCO lo definisce un "ideale normativo" (alla voce *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, 2011, Annali n. 4, pp. 295 e ss.), citando COHEN: "The notion of a deliberative democracy is rooted in the 'intuitive ideal' of a democratic association in which the justification of the terms and conditions of association proceeds through public argument" (*Deliberation and Democratic Legitimacy*, in *Deliberative Democracy - Essays on Reason and Politics*, a cura di BOHMAN-REHG, Cambridge-USA - Londra, 1997, p. 72).

³¹) SINTOMER, HERZBERG e RÖCKE, a partire dalle teorie di BLONDIAUX, menzionano "trois principes de base": *argumentation, inclusion, publicité* (*Les budgets*, op. cit., p. 317).

³²) Secondo COHEN e SABEL, il potere del "miglior argomento" consente di sottrarre la formazione delle scelte alle logiche dettate dagli interessi individuali: "Questions are decided by argument about the best ways to address problems, not simply exertions of power, expressions of interest, or bargaining from power positions on the basis of interests" (*Global democracy?*, in *International Law and Politics*, New York, 2006, p. 779).

Cfr. la dicotomia fra *bargaining* e *deliberation*: secondo la sintesi di AGNETTE, la *deliberation* è appunto il processo finalizzato alla ricerca di soluzioni per un interesse comune, diversamente dalla mera prevalenza di un punto di vista sugli altri, o anche - semplicemente - dal *bargaining* che conduce a un mero scambio di favori. "Bargaining is usually defined as a process between a) actors with stable interests who try to maximize their benefits, b) through promises and threats, leading to exchanges of concessions. By contrast, the advocates of deliberation argue that this process takes place among a) actors who are ready to change their preferences in order to reach 'common interests', b) through the exchange of rational arguments and mutual listening" (*Deliberation or bargaining?*, in *Developing a Constitution for Europe*, a cura di FOSSUM-MENENDEZ, Londra, Routledge, 2004).

³³) "La democrazia partecipativa non coincide con la deliberazione e i processi deliberativi" (U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2, p. 199).

³⁴) La democrazia partecipativa "utilizza anche tecniche espressive diverse, come l'affermazione esplicita del conflitto, la manifestazione di sentimenti, la testimonianza, l'esclamazione, le parole d'ordine, e tra le manifestazioni materiali, oltre i gruppi di lavoro e i tavoli di trattativa, può talora contemplare grandi assemblee, cortei e altre 'manifestazioni pubbliche'" (U. ALLEGRETTI, op. e loc. ult. cit.).

³⁵) "Tale modello, appunto in quanto ideale normativo o, se si vuole, principio regolativo, aspira a governare il funzionamento di tutte le principali funzioni di una società democratica" (BIFULCO,

In ogni caso, la democrazia deliberativa ha una chiara finalità, e la condivide con la democrazia partecipativa: incoraggiare i cittadini a intervenire nella formazione delle decisioni pubbliche, senza sostituirsi al decisore³⁶. Al contempo, la teoria deliberativa si prefigge un ulteriore scopo: non solo il cittadino deve poter partecipare, ma deve farlo attraverso una discussione pubblica, in cui prevale l'opinione più logica e convincente.

In questo senso, democrazia deliberativa e partecipativa sono inevitabilmente collegate. Entrambe rappresentano un ideale astratto. Tuttavia, la democrazia partecipativa è frutto di un'elaborazione teorica successiva a singole esperienze concrete³⁷; ciò autorizza a ritenere che essa non sia altro che l'applicazione pratica dei principi generali contenuti nella teoria deliberativista³⁸. D'altro canto, non afferma il falso chi - all'inverso - sostiene che l'ideale partecipativo si realizzi concretamente attraverso il metodo deliberativo, e che questo costituisca la modalità più adatta per garantire un'efficace e utile partecipazione

Democrazia deliberativa, op. cit., p. 277). Ma cfr. HABERMAS: la *deliberation* non è da intendersi “come un modello per tutte le istituzioni sociali?”, e, si badi, “nemmeno per tutte le istituzioni statali?” (*Fatti e norme*, Napoli, 1996, p. 361).

³⁶) “La teoria del discorso (...) porta in primo piano il processo politico di formazione dell'opinione e della volontà, senza però intendere come qualcosa di secondario la costituzione dello Stato di diritto (...) il successo della politica deliberativa non dipende dall'agire unanime della cittadinanza, ma dall'istituzionalizzazione di corrispondenti procedure e presupposti comunicativi, e dall'interazione delle consultazioni istituzionalizzate con le opinioni politiche formalizzate”. Si vuole evitare un modello in cui le decisioni sono “collettivamente aggregate”, ma non “collettivamente consapevoli”; “l'opinione pubblica - elaborata dalle procedure democratiche in potere comunicativo - non può ‘comandare’ in prima persona, ma soltanto volgere in determinate direzioni l'esercizio del potere” (HABERMAS, op. ult. cit., pp. 349 e 355. V. anche Id., *The Postnational Constellation*, Oxford, Blackwell, 2001, pp. 110-111: “A functioning public sphere, the quality of discussion, accessibility, and the discursive structure of opinion and will-formation (...) could never entirely replace conventional procedures for decision-making and political representation”).

³⁷) “Nella democrazia deliberativa la dimensione teorica riflette una pratica anche vivace realizzata in un ambiente relativamente stabile e la innalza a una tensione di teoria molto forte; la democrazia partecipativa concettualizza in maniera semplice le pratiche partecipative inventate da una realtà in subitaneo movimento” (U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi*, op. cit., p. 178, nota 11).

³⁸) “Nella democrazia deliberativa la dimensione teorica riflette una pratica anche vivace realizzata in un ambiente relativamente stabile e la innalza a una tensione di teoria molto forte; la democrazia partecipativa concettualizza in maniera semplice le pratiche partecipative inventate da una realtà in subitaneo movimento” (U. ALLEGRETTI, op. e loc. ult. cit.). “La democrazia deliberativa appare la cornice teorica entro la quale trovano poi spazio le esperienze partecipative (...) mentre le teorie della democrazia deliberativa tendono a prospettare l'inclusione e la deliberazione come principi (...), la democrazia partecipativa indica una serie di pratiche dal carattere applicativo”. (BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, op. cit., p. 278).

popolare³⁹. Alle somme, la democrazia deliberativa è il principio che ispira le pratiche di democrazia partecipativa, nonché, al contempo, il metodo utilizzato per la loro attuazione concreta⁴⁰: nondimeno, nulla vieta che la partecipazione a un processo decisionale avvenga secondo un metodo diverso, e nulla impedisce che la *deliberation* caratterizzi anche altre forme di democrazia, non limitandosi alle procedure partecipative.

3 - Definizione di “partecipazione”: conclusioni.

In questa sede, si intende separare la partecipazione dalla democrazia diretta⁴¹, sulla base della distinzione - già evidenziata in precedenza - fra partecipazione al potere e produzione del potere.

Ciò premesso, parte della dottrina ha notato che il confine che divide le due nozioni è - all'atto pratico - assai labile⁴². La stessa dottrina fa notare che, sul piano semantico, il “partecipante” a un'attività è un soggetto estraneo rispetto all'organizzazione chiamata a svolgerla⁴³; al contempo, questa “estraneità” non è mai assoluta, nel caso della partecipazione all'attività dei poteri pubblici: in una democrazia, il cittadino non può considerarsi “estraneo” ai pubblici affari⁴⁴. In ogni caso, è logico che il cittadino si trovi in una posizione distinta

³⁹) “Le pratiche partecipative devono quanto possibile svolgersi in forma di democrazia deliberativa”. (U. ALLEGRETTI, *op. e loc. ult. cit.*). “La démocratie participative se doit d’être aussi une démocratie délibérative car l’efficacité et la légitimité de la participation dépendent pour une large part de la qualité des délibérations menées”. (BACQUÉ-REY-SINTOMER, *La démocratie participative: un nouveau paradigme de l’action publique*, in *Gestion de proximité et démocratie participative. Une perspective comparative*, Parigi, 2005, p. 41).

⁴⁰) Perciò L. BOBBIO definisce la *deliberation* una forma di partecipazione (*Dilemmi, op. cit.*, p. 14).

⁴¹) Di qui in avanti, il *referendum* sarà ricompreso fra le pratiche partecipative solo quando la sua natura sia meramente consultiva.

⁴²) “Dalla cooperazione (nelle sue varie forme: obbligo di audizione, potere di proposta, possibilità di discussione etc.) alla co-decisione, e da questa alla (almeno sostanziale) prevalenza della volontà del partecipante, e cioè in definitiva alla rottura del modello, i passi sono brevi”. (NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, p. 232).

⁴³) V. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 226.

⁴⁴) “A parte la stranezza (...) di definire e trattare come ‘estraneo’ il cittadino che in una democrazia dovrebbe essere il padrone di casa, ogni tentativo di definire con maggiore precisione e astrattamente le due categorie dell’ ‘estraneo’ e del ‘domestico’ - e quindi di determinare, con certezza e stabilità, i confini della partecipazione (...) - urta contro ostacoli insormontabili, dal momento che, vivendo i due termini soltanto nella loro distinzione e relazione, essi finiscono per esprimere le realtà più diverse”. Per questo “in

rispetto al decisore pubblico, essendo portatore di una posizione personale - sia essa determinata da un interesse o da una scelta di valore - e non essendo incaricato di perseguire il bene della collettività.

Tutto ciò considerato, non è agevole qualificare le singole pratiche come “partecipative”. Nondimeno, si possono individuare alcuni punti fermi.

In questa sede, la “partecipazione” sarà convenzionalmente intesa come l’insieme dei casi in cui tutti i cittadini⁴⁵ hanno il diritto o la facoltà di influenzare l’attività dei pubblici poteri⁴⁶, senza sostituirsi ad essi⁴⁷, mediante la presentazione di controproposte⁴⁸ e osservazioni nella fase istruttoria del processo decisionale - ovvero, meglio ancora, nel momento in cui è assunta la

un’organizzazione articolata e complessa, quale è quella pubblica, la parte ‘costituita’ dell’organizzazione può essere determinata secondo cerchi concentrici (...) a partire da un nucleo centrale, il quale esprime il massimo di chiusura e di distacco dal mondo esterno”: poiché il cittadino può incidere nell’attività dei pubblici poteri in varia misura, egli “*si trova collocato in zona ‘domestica’ o ‘estranea’, sempre a seconda da dove si guardi*”. Insomma, “*la linea divisoria tra ‘comunità’ e ‘apparato’ può farsi passare ad altezze diverse, e singoli istituti possono essere collocati al di qua o al di là della linea*”, per cui “*la partecipazione (...) si presenta come un gioco di scatole cinesi che scombina ogni tentativo sistematico*”. (NIGRO, *Il nodo*, op. cit., pp. 227-228).

Evidentemente, chi “prende parte” in un’azione non può che “essere parte” della comunità che agisce, e viceversa: v. COTTA, *Il concetto di partecipazione politica: linee di un inquadramento teorico*, in *Rivista italiana di scienza politica*, Bologna, 1979, n. 2, p. 203).

⁴⁵ “*Dal punto di vista dei soggetti, la democrazia partecipativa accorda partecipazione a tutti gli individui, inclusi gli organismi associativi in cui essi eventualmente si riuniscono (ma non esclusivamente a questi)*” (U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi*, op. cit., p. 188).

⁴⁶ La partecipazione è l’insieme degli “*atti legali compiuti da privati cittadini che sono più o meno direttamente intenzionati a influenzare la scelta di uomini di governo e/o le azioni che essi compiono*”. (VERBA-NIE-KIM, *Partecipazione e uguaglianza politica: un confronto fra sette nazioni*, Bologna, 1987, p. 37; cit. da DONATI, *Partecipazione come categoria, identità e rappresentanza*, ne *Le regole della democrazia partecipativa*, a cura di VALASTRO, Napoli, 2010).

In questo senso, la dottrina delle scienze sociali distingue fra partecipazione in senso “forte” e “debole”; la prima contraddistingue esclusivamente i casi in cui il cittadino, oltre a prendere parte a un’attività, ne influenza il risultato finale (GALLINO, alla voce *Partecipazione*, in *Dizionario di sociologia*, Torino, 1988, p. 485).

⁴⁷ Sebbene non si risolva “*con un’univoca attribuzione delle facoltà decisionali alle sedi partecipative*”, e anzi “*vengano lasciati in genere in piedi i poteri di quella natura spettanti alle istituzioni rappresentative*”, resta che *la maggior serietà della partecipazione si impone quando, superando le forme puramente consultive (...) che restano assai diffuse, è assicurata un’incidenza sulla decisione formale di quanto emerso nella sede partecipativa*” (U. ALLEGRETTI, op. ult. cit., p. 190).

⁴⁸ Secondo parte della dottrina, la controproposta è l’unica possibile forma in cui il cittadino può intervenire, quando, all’avvio della procedura decisionale, “*esiste già una proposta di decisione*”. In questi casi, “*il contestare in oggetto non può consistere né in una pura manifestazione di un interesse né in una generica opposizione alla proposta*”, bensì in “*una vera e propria controproposta o proposta alternativa di decisione*”. (ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano-Roma, 1996, p. 102).

scelta preliminare di indirizzo generale⁴⁹ - nonché nella fase di attuazione della decisione stessa.

Perché sia assicurata la reale incidenza dei cittadini nelle scelte collettive - senza che questi le assumano direttamente, sostituendosi all'autorità - è necessario impedire che il decisore pubblico, discostandosi dalle risultanze dell'istruttoria, ignori il contenuto delle osservazioni e delle proposte avanzate in quella sede⁵⁰. A tal fine⁵¹, occorre che il provvedimento finale sia motivato⁵².

⁴⁹) “Devono essere implicate nella partecipazione tutte le fasi, a partire dalle prime nelle quali l'attività prospettata è ancora specificamente indeterminata e sindacabile nella sua stessa opportunità - per esempio, se fare o no un'opera pubblica - e addirittura dal momento in cui si discute degli indirizzi generali ed eminentemente politici appunto di una certa politica, ai passaggi più concreti e determinati dell'istruttoria di un concreto progetto” (U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi*, op. cit., p. 189). “Dovrebbe essere consentito all'amministrato un intervento politicamente e socialmente effettivo: a tale scopo, questo dovrebbe dispiegarsi fin dalle prime mosse e per l'intero arco temporale di formazione della decisione pubblica, soprattutto quando si tratti di scelte d'indirizzo” (P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012, p. 274).

⁵⁰) È innegabile che il cittadino consultato “prenda parte” alla procedura; tuttavia, non si può pensare “che la partecipazione della società debba ridursi nei limiti della ‘consultazione’”. Infatti, “la consultazione non solo implica la libertà del consultato di esprimere o meno un avviso, ma, così come è, lascia soprattutto all'organo pubblico ufficiale la libertà di tenere conto o al contrario di trascurare le voci raccolte” (BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 800).

⁵¹) Se i partecipanti devono poter influire sulla decisione, allora “l'allontanamento della decisione istituzionale da quanto emerso in sede di partecipazione richiede un'articolata e sindacabile motivazione” (U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi*, op. cit., p. 190). “L'obbligo di motivazione può risultare decisivo al fine di accrescere l'effettività delle istanze partecipative manifestate nel corso del procedimento e la loro possibilità di incidere sulla decisione” (COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n. 3, p. 740).

⁵²) Per “motivazione” si intende l'indicazione dei presupposti di diritto e di fatto che sottendono al dispositivo; il mero richiamo ai presupposti giuridici - in quanto semplice descrizione di una situazione di fatto - è da qualificarsi come “giustificazione”.

“Sarebbe motivazione tutta la parte della dichiarazione che non sia dichiarazione di volontà. Questa è la nozione di motivazione che accoglie la giurisprudenza, non solo italiana, ma di ogni paese. Potrebbe dirsi ‘motivazione’ in senso largo’ (...) La dottrina, in particolare la dottrina italiana, non è invece d'accordo, preferendo distinguere la motivazione - potrebbe dirsi in senso stretto - dalle altre indicazioni reperibili nell'enunciato globale dell'atto: mentre la giustificazione è dichiarazione di scienza che consegue a un mero giudizio di esistenza, la motivazione consegue a giudizi ponderativi, di opportunità o di altro contenuto” (GIANNINI, alla voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1977, vol. XXVII, pp. 258-259). Parzialmente *contra*, ALEXYS: “fra i concetti di giustificazione e motivazione (...) esistono alcune differenze, ma anche concordanze (...) in molti contesti si possono usare indifferentemente entrambe le espressioni” e, pertanto, possono essere usate come sinonimi (V. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, p. 282, nota n. 3).

Oltre che al controllo sull'effettiva influenza degli apporti partecipativi, la motivazione del provvedimento è utile - più in generale - a fornire una garanzia al destinatario dell'atto e svolgere un controllo sull'operato dell'autorità procedente (*cf.* GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 262). In Italia, la giurisprudenza ha più volte evidenziato quest'ultimo aspetto, con riferimento all'attività amministrativa; la motivazione consente il controllo sul contenuto

Inoltre, la quantità di informazioni a disposizione del cittadino è decisiva al fine di consentirgli un intervento efficace nella decisione pubblica: di conseguenza, i dati e i documenti in possesso del decisore devono essere messi a disposizione del privato, laddove ciò non contrasti con il pubblico interesse⁵³.

Infine, la presenza degli amministrati deve essere assicurata nella fase in cui si svolge la valutazione e il controllo sull'operato dell'amministrazione. Parte della dottrina ritiene inopportuna - o quanto meno inefficace - la partecipazione attiva dei privati in questa branca dell'attività amministrativa: al contempo, la stessa dottrina ritiene che i cittadini debbano poter accedere agli atti degli organi di valutazione e controllo, di modo che essi siano costantemente e correttamente informati in ordine all'operato della pubblica amministrazione, intesa nel suo complesso⁵⁴.

dell'atto (*cfr., ex plurimis*, Consiglio di Stato, IV, sentenza 4 aprile 1978, n. 260: “*Il controllo della sufficienza della motivazione degli atti amministrativi va svolto (...) verificando se e quando la motivazione, nella concretezza delle circostanze, sia idonea a fare comprendere le ragioni che hanno condotto alla emanazione del procedimento*”). Naturalmente, controllando l'atto amministrativo, è possibile verificare l'avvenuto rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa. “*L'esistenza di una preventiva fase valutativa si presenta essenziale anche per assicurare (...) il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato (...) anche al fine di garantire - attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico - scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa*”. (Corte Costituzionale, sentenza 19-23 marzo 2007, n. 103).

⁵³) “*Il nesso fra partecipazione al procedimento e crescita della democraticità potrà acquisire una consistenza ben più cospicua di quella che oggi ci è consentito di osservare*”, ma solo se “*al potenziamento della 'voce' degli amministrati (...) si affiancheranno garanzie maggiori per la 'visione'*”, ossia per “*l'accesso ai documenti e alle informazioni*”, garanzie che devono essere “*modulate da un'equilibrata discrezionalità 'strumentale' delle amministrazioni*” (D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 34).

⁵⁴) “*L'esercizio della funzione di controllo sui risultati dell'attività amministrativa*” si pone “*come momento di esclusiva pertinenza pubblica, non aperto, forse ed anche in ragione della sua tecnicità, agli apporti collaborativi della partecipazione dei privati. Non si può che essere concordi con la scelta di escludere la partecipazione - intesa come facoltà degli interessati di far valere la loro 'voce' - nell'ambito di tali procedimenti valutativi*”, atteso che “*l'apporto fornito*” dagli organi di valutazione e controllo “*si assomma e ed aggiunge alle osservazioni prospettate dai privati, chiamati già a partecipare - forse più utilmente e concretamente - in seno al procedimento principale*”. Nondimeno, “*se la partecipazione dei privati al controllo di efficienza dell'attività amministrativa sembra non trovare spazio (e ragione) nella forma più incisiva della facoltà dei cittadini a far valere la propria 'voce', non va, viceversa, trascurata l'idea di una possibile introduzione dell'altro aspetto della partecipazione - quello relativo alla 'visione' - nell'ambito dell'attività valutativa dei pubblici poteri (...) Sarebbe auspicabile recuperare la possibilità di chiedere e di ottenere informazioni dalla pubblica amministrazione, nella persona degli organi controllori, sulla complessiva bontà (non solo, ma fondamentalmente economica) della sua azione*” (LOMBARDI R., *Funzione di controllo e processo decisionale della pubblica amministrazione*, in *Procedimento*

Non si farà menzione della “democrazia deliberativa”. Al più, si farà riferimento al “metodo deliberativo” come modalità privilegiata - ma non esclusiva - fra quelle impiegate per consentire lo svolgimento della partecipazione, attraverso la discussione razionale fra tutti i potenziali destinatari della decisione pubblica.

4 - Forme di partecipazione.

La partecipazione alle scelte collettive può avvenire secondo due metodi⁵⁵.

La legge può prevedere che alcuni dei membri dell'organo deputato ad assumere la decisione siano eletti dal popolo, o - più esattamente⁵⁶ - dai componenti delle singole categorie sociali interessate (c.d. partecipazione organica). Evidentemente, a rigore, questi membri non possono esprimere un parere vincolante⁵⁷: in caso contrario, si sostituirebbero al potere pubblico, e sarebbe travalicato il significato sin qui adottato di “partecipazione”.

amministrativo e partecipazione, a cura di CROSETTI-FRACCHIA, Giuffrè, 2002, p. 34). Del resto, come si vedrà, la partecipazione ha una funzione democratica, e non mira soltanto a difendere la posizione soggettiva del privato nel quadro del singolo procedimento; pertanto, se il potere pubblico è esercitato in nome del popolo, è inevitabile che ogni cittadino sia messo in condizione verificare la qualità, l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, anche quando non è direttamente e immediatamente coinvolto.

Lo stesso U. ALLEGRETTI afferma che la partecipazione deve estendersi “*fino alla fase decisionale, e anche al controllo delle realizzazioni*” (*Democrazia partecipativa e processi*, op. cit., p. 189). Parzialmente *contra*, PIZZORUSSO (*Partecipazione e Parlamento*, op. cit., p. 135): “*meno plausibile appare la collocazione*” degli strumenti partecipativi “*nella fase integrativa dell'efficacia (ed in specie fra i controlli)*”.

⁵⁵) V. PIZZORUSSO, *Partecipazione e Parlamento*, op. cit., p. 135.

⁵⁶) N. BOBBIO qualifica come “organica” la rappresentanza degli interessi (*Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 43).

TREVES definisce la partecipazione degli interessi economici come “istituzionale” o “funzionale”, a seconda che i loro rappresentanti siano o meno inseriti negli organi decisionali (*L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975, pp. 342 e 344).

⁵⁷) Ma *cf.* GIGLIONI e LARICCIA: “*Sotto un profilo formale, detti pareri*” (espressi dagli organismi di rappresentanza degli interessi privati) “*possono essere facoltativi, ma molto spesso sono obbligatori anche se non sempre vincolanti*”. Insomma, parte della dottrina non esclude che la partecipazione organica possa consentire ai rappresentanti degli interessi privati di esercitare una parte del potere decisionale. Del resto, secondo gli stessi Autori, “*in considerazione del carattere tecnico e sostanziale di questi pareri*”, l'atto che li disattende “*può dimostrarsi carente sotto il profilo dell'adeguatezza e della ragionevolezza*”. (V. alla voce *Partecipazione dei cittadini*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2000, aggiornamento n. 4, pp. 953-954).

In alternativa, il cittadino può intervenire nel procedimento che precede l'adozione di un atto (c.d. partecipazione procedimentale).

Secondo parte della dottrina, quella organica è da definirsi partecipazione “in senso lato”: la partecipazione “in senso stretto” fa esclusivo riferimento ai casi in cui l'intervento del cittadino nella decisione pubblica non è subordinato alla titolarità di un interesse differenziato⁵⁸. Del resto, alcuni autori distinguono la partecipazione del “cittadino” rispetto a quella del “privato” - ossia, del singolo che interviene in una decisione solo quando è direttamente coinvolta la sua sfera giuridica⁵⁹ - e a quella delle formazioni sociali⁶⁰.

⁵⁸) “All'interno dei fenomeni partecipativi intesi con tutta la vastità e anche l'eterogeneità che il termine consente (riconducibile alla partecipazione nel senso più largo) esistono ulteriori modalità (che) meritano di venire isolate e qualificate come partecipazione ‘in senso proprio e stretto’ (...) Si tratta di forme di intervento diretto dei cittadini, nella qualità di semplici cittadini, all'interno di procedure decisionali messe in opera dalle istituzioni (...) Si vede come il carattere diretto dell'intervento distingue questi processi da quelli di tipo elettorale o rappresentativo; come il loro presentarsi come ‘chiunque’, e non come titolari di interessi qualificati o appartenenti a categorie specifiche, li diversifichi dalle forme di partecipazione procedimentale od organica, di consultazione e di concertazione”. (U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, op. cit., p. 305).

In effetti, nulla esclude che l'intervento del cittadino nelle scelte collettive sia mosso da un mero interesse civico. Cfr. ARENA, laddove individua, oltre alle “attività di partecipazione svolte da singoli a titolo individuale” e a “quelle svolte da soggetti che si presentano come rappresentanti di formazioni sociali dotate di un'organizzazione giuridicamente più o meno perfezionata”, anche “gli interventi partecipativi tendenti a realizzare la cura di interessi generali” (*La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, n. 1, p. 281).

Semmai, come sembra suggerire ZAMPETTI, la partecipazione non mira necessariamente alla tutela di una specifica posizione soggettiva, ma è l'unico mezzo per assolvere questa finalità quando l'interesse del cittadino consiste in un diritto di natura politica o sociale, ossia in un diritto che - per sua caratteristica - non può essere adeguatamente difeso con il mero esercizio di una libertà negativa. “Il puro garantismo, che era andato di pari passo con la formazione della democrazia rappresentativa, si riferisce solo a pochissimi diritti individuali, come ad esempio quelli dell'integrità personale o di riunione. Per ottenere il riconoscimento degli altri diritti non basta più il garantismo del sistema classico della democrazia rappresentativa, ma occorre un nuovo assetto politico che consenta agli individui il pieno esercizio dei diritti politici i quali includono, oltre che l'esercizio del voto, anche l'esercizio del potere” (L'art. 3 della Costituzione e la democrazia rappresentativa, in *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti*, Milano, 1993, p. 190). Questo rilievo avvalorava la tesi che mette in relazione la partecipazione con la trasformazione dello Stato liberale in Stato sociale.

⁵⁹) “Si prescinde qui dall'intervento del singolo come ‘privato’, che come tale ‘viene in considerazione in quanto risente nella propria sfera giuridica gli effetti dell'atto amministrativo al quale il procedimento è destinato a mettere capo” (LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, op. cit., p. 1642. La citazione è di BENGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, p. 10).

⁶⁰) La diversità risiede nell'influenza esercitabile dai soggetti organizzati rispetto al singolo. “L'intervento degli esponenti di un gruppo organizzato e la partecipazione del cittadino che non è

Per inciso, è lecito avanzare più di una perplessità sulla reale potenzialità inclusiva della partecipazione organica: essa, per definizione, tende a garantire la difesa dei soli interessi organizzati; pertanto, può impedire l'efficace tutela delle posizioni individuali che non siano inquadrati o inquadrabili nell'interesse di un gruppo più ampio⁶¹.

La partecipazione procedimentale offre maggiori garanzie di inclusività. Questo tipo di partecipazione può consistere in un insieme di diritti e facoltà che il legislatore può accordare ai soli portatori di interessi costituiti, ma che possono essere riconosciuti anche agli individui e ai rappresentanti delle formazioni sociali che difendono un interesse collettivo o diffuso. Soprattutto, se gli individui possono partecipare nel procedimento, allora - almeno in astratto - si può estendere questa opportunità a tutti i cittadini, ivi compresi coloro che non vantano un interesse soggettivo differenziato.

In linea di principio, i privati possono intervenire nell'attività di tutti gli organi legislativi⁶² e amministrativi, nonché nell'esercizio del potere giudiziario: la

professionalmente esponente o al servizio di un gruppo sono formalmente affini ma sostanzialmente diversi. Il primo rileva, fondamentalmente, per la capacità di influenza del gruppo e per il peso che esso ha, in rapporto ad altri gruppi, di fronte all'autorità. Il secondo rileva invece, in via eccezionale, qualora contro l'influenza dei gruppi organizzati possa essere mobilitata l'opinione pubblica; in via normale, qualora (...) possa contrapporre la facoltà di ricorso ad un'autorità imparziale" (LEVI, *op. cit.*, p. 1643).

⁶¹) Se si considera la Costituzione italiana, è notorio che l'art. 2 riconosce tanto i diritti del singolo quanto quelli delle formazioni sociali: per sua natura, la partecipazione organica è idonea a soddisfare solo l'ultima di queste due esigenze; per contro, la partecipazione procedimentale può realizzare, almeno in astratto, entrambi gli obiettivi.

⁶²) In realtà, nel nostro ordinamento, l'ipotesi della partecipazione organica all'attività legislativa - se finalizzata a garantire l'intervento delle categorie sociali - deve tenere conto dell'art. 1 Cost.: sovrano è solo il popolo, considerato nella sua interezza, come insieme non solo di formazioni sociali ma anche di singoli cittadini (*cf.* art. 2). Infatti, non tutti i singoli cittadini sono necessariamente inquadrabili in una formazione sociale: alcuni non possono esserlo in virtù della loro particolare condizione sociale, altri potrebbero legittimamente scegliere di non essere inquadrati. Inoltre, N. BOBBIO (*Il futuro, op. cit.*, p. 45) afferma che *"criticabile non è la rappresentanza organica in quanto tale ma la rappresentanza organica trasportata al di fuori dei confini che le sono propri"* e cioè al di fuori da *"un campo ben delimitato e tecnico, cioè da un campo che non ha nulla a che vedere con quello generale"*; l'Autore (p. 44) cita EINAUDI: *"Dare alle rappresentanze professionali una funzione deliberativa è voler mettere gli interessi particolari al posto di quelli generali, è compiere opera per lo più sopraffattrice ed egoistica"*.

Ad ogni modo, è noto che MORTATI propose all'Assemblea Costituente l'istituzione di un organo legislativo bicamerale in cui, a una Camera elettiva, si sarebbe dovuta affiancare una Camera rappresentativa degli interessi sociali. È altresì noto che, nella storia

partecipazione dei cittadini è potenzialmente trasversale alla tradizionale tripartizione dei poteri pubblici⁶³.

Sotto questo profilo, non è semplice separare la partecipazione “politica” e quella “amministrativa”⁶⁴. Peraltro, la partecipazione alla formazione di un atto fa sì che il suo contenuto sia influenzato dalla volontà dei cittadini, e, dunque, anche da interessi particolari di natura politica⁶⁵. Inoltre, nell’ordinamento italiano, la Costituzione prevede l’unitarietà dell’indirizzo politico e di quello amministrativo, i quali – pertanto - non sono agevolmente distinguibili⁶⁶.

Nondimeno, questa difficoltà non impedisce di trattare la partecipazione amministrativa come un fenomeno a se stante, semplicemente perché - per quanto sia banale constatarlo - è l’attività amministrativa a costituire una manifestazione ben definita del potere pubblico, con tutte le peculiarità che la distinguono dall’esercizio del potere legislativo e del potere giudiziario.

d’Italia, l’esperimento più avanzato di rappresentanza “organica” risale all’epoca della dittatura (Camera dei fasci e delle corporazioni).

⁶³) “*Deve ritenersi che in astratto nulla impedisce di considerare la portata del principio di partecipazione estesa a tutti i settori dell’attività dei pubblici poteri, anche se la sua applicazione incontra di volta in volta difficoltà diverse e trova perciò maggiori o minori opportunità di svilupparsi?*” (PIZZORUSSO, *Partecipazione e Parlamento*, op. cit., p. 135).

⁶⁴) VANDELLI distingue fra una “partecipazione istituzionale”, volta a influenzare le scelte di impatto collettivo, e una “partecipazione amministrativa” prevalentemente finalizzata a tutelare posizioni soggettive in procedimenti singolari (*v. Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2004, p. 156). Tuttavia, nulla impedisce che la “scelta di impatto collettivo” consista in un atto amministrativo di portata generale, adottato in seguito a un procedimento. Perciò, in questa sede, anche le forme di partecipazione a questo tipo di scelte saranno qualificate come “partecipazione amministrativa”.

⁶⁵) “*È nella natura (...) l’impossibilità o difficoltà o relatività della distinzione (...) fra partecipazione c.d. politica e partecipazione c.d. amministrativa. Nella misura in cui la partecipazione all’agire reciproco non viene impedita, secondo gli ordinamenti che per essa valgono, a nessun individuo che sia effettivamente in grado di farlo e disposto a ciò*” (qui l’Autore cita WEBER) “*si produce il passaggio dalla politicità concentrata nel nucleo professionale (...) ad una politicità diffusa doppiamente, perché non ha interpreti professionali e perché oggettivamente ogni decisione diventa politica toccando immediatamente gli interessi e i valori della comunità*”. (NIGRO, *Il nodo*, op. cit., pp. 228-229). L’Autore cita l’esempio della legge n. 194/1978 in materia di aborto e la disposizione che consente ai consultori familiari di avvalersi di formazioni sociali di base, il che “rende politica” l’azione dei consultori).

⁶⁶) “*La nuova unitarietà dell’indirizzo politico impedisce di scomporre il momento partecipativo ai due livelli normativi ed amministrativi*”. (M. CHITI, *Partecipazione popolare e istituti*, op. cit., p. 263).

In definitiva, non è scorretto ricomprendere nella categoria astratta della “partecipazione amministrativa” tutti gli istituti giuridici che prevedono l'intervento dei cittadini nell'azione della pubblica amministrazione⁶⁷.

Sarà questo l'argomento dei successivi capitoli.

L'attenzione si concentrerà sulle norme che, nell'ordinamento italiano, disciplinano la partecipazione dei cittadini nel procedimento amministrativo.

5 - Partecipazione e giusto procedimento.

La dottrina distingue la nozione di “partecipazione” - per come sin qui definita - dal c.d. “giusto procedimento”, principio mutuato dalla *due process of law clause*, presente nel V e XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Al netto della vaghezza che ne contraddistingue il significato⁶⁸ - per certi versi fisiologica, trattandosi di un istituto giuridico tipico di un ordinamento di *common law* - la *due process clause* si risolve essenzialmente in un vincolo posto all'autorità pubblica⁶⁹: ogni atto che limita la sfera giuridica del cittadino deve essere adottato secondo una procedura prestabilita ed equa⁷⁰.

⁶⁷) Non saranno considerati gli atti del privato che assumono carattere necessario allo stesso svolgimento della funzione, come - ad esempio - la partecipazione a un concorso per accedere a un pubblico impiego. Cfr. CASSESE (*Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, Modena, 1970, n. 2, pp. 26-27).

⁶⁸) Il significato del giusto procedimento “è assai elastico e piuttosto sfuggente se, come è stato rilevato, ‘gli studiosi hanno scritto grossi volumi nel vano tentativo di precisare il significato dell'espressione *due process of law*, e il solo risultato delle loro ricerche è la constatazione che una precisazione di quest'espressione non è possibile” (A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, 2000, p. 965. La citazione è di ADAMS, *Il diritto costituzionale americano. Linee essenziali*, Firenze, 1954, p. 115. Egli - *ibid.*, p. 116 - spiega che, effettivamente, la *due process clause* è “un principio privo di un significato chiaro e inequivoco e pieno di sfumature difficilmente afferrabili”; tuttavia, “siccome il vero fine del diritto non è la certezza del diritto stesso ma la giustizia, ai giudici giova una formula un po' imprecisa, una norma che non li vincoli troppo nel loro tentativo di far valere la giustizia”).

⁶⁹) Il V emendamento della Costituzione statunitense si limita ad affermare che “nessuna persona sarà privata della vita, della libertà o dei beni senza *due process of law*”. In virtù del XIV emendamento, analogo divieto incombe sull'autorità dei singoli Stati.

⁷⁰) “La clausola del *due process* garantisce a tutti un processo legale e nel contempo equo. Quando manca il *due process*, la Corte suprema annulla le sentenze dei tribunali inferiori”. Si noti che “anche una norma materiale può essere sindacata per mancanza di *due process*. Questo accade se una norma penale non stabilisce con sufficiente chiarezza qual è il reato” (ADAMS, *op. ult. cit.*, p. 117).

In Italia, il “giusto procedimento” amministrativo - diversamente dal “giusto processo” penale - non è garantito dalla Costituzione: la sua definizione è frutto di un’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Secondo la Corte Costituzionale⁷¹, uno dei principi dell’ordinamento giuridico “consiste nella esigenza del giusto procedimento. Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedono ad imporre concretamente tali limiti dopo aver fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra di altri organi pubblici, e dopo aver messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni”.

In sostanza, secondo la regola generale, il legislatore prevede che, nel corso del procedimento, si instauri un contraddittorio⁷² fra cittadino e amministrazione⁷³.

In una pronuncia posteriore⁷⁴ - successiva all’entrata in vigore della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo - la Corte fornirà una definizione più sintetica per il “giusto procedimento”:

⁷¹) Corte Costituzionale, sentenza 25 febbraio-2 marzo 1962, n. 13.

⁷²) Per una definizione di “contraddittorio” nel procedimento amministrativo, v. FIGORILLI: secondo il “*principio generale del contraddittorio (...) l’amministrazione (...) è chiamata ad emanare un provvedimento puntuale soltanto dopo aver consentito ai destinatari di quest’ultimo ed agli altri soggetti interessati di aver preso parte attivamente a tutte le operazioni che precedono la scelta finale*” (*Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, p. 187).

⁷³) Più precisamente, le modalità del procedimento - che si deve svolgere in modo tale da garantire il contraddittorio - è uno dei due aspetti che caratterizzano il “giusto procedimento”. L’altro, come si evince dalle affermazioni della Corte Costituzionale, riguarda il rapporto fra la norma - che deve enunciare una “ipotesi astratta” - e il provvedimento che, in seguito al procedimento, ne deve scaturire. Pertanto, il “giusto procedimento” comporta la previsione di una “riserva di provvedimento”. Quest’ultima è necessaria al rispetto del principio di legalità, dal momento che “*la vera garanzia dei diritti (...) richiede per di più che tra la legge e l’atto applicativo, tra la norma e il provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge, e in definitiva quella raffrontabilità dell’atto alla norma, senza la quale sarebbe praticamente vanificato lo stesso principio di legalità*”. (CRISAFULLI, *Principio di legalità e ‘giusto procedimento’*, nota a Corte costituzionale, sentenza n. 13/1962, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1962, n. 1, p. 133). Di conseguenza, sotto questo aspetto, l’Autore non esclude (p. 132) che il principio del giusto procedimento abbia un valore costituzionale, lungi dal limitarsi a essere un mero principio dell’ordinamento giuridico statale.

LEVI sintetizza: “*lo scopo principale sarebbe quello di evitare che un ‘pregiudizio’ sia arrecato a un privato senza una valutazione delle circostanze specifiche di ogni ipotesi*”. (*L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 341, nota n. 177).

⁷⁴) Corte Costituzionale, sentenza 19-23 marzo 2007, n. 104.

“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”.

In linea di massima, l'ambito di applicazione del giusto procedimento è meno ampio, rispetto a quello della partecipazione.

Innanzitutto, si è già osservato che la partecipazione in senso stretto consente al cittadino di intervenire in una decisione pubblica, anche quando non intende tutelare un diritto o un interesse legittimo. Per contro, la funzione precipua del giusto procedimento è stata individuata nella protezione dei diritti e degli interessi individuali: dunque, nella tutela di un interesse differenziato⁷⁵. Del resto, come si evince dallo stesso dato terminologico, il principio del giusto procedimento trova luogo - appunto - nel procedimento, cioè nel luogo in cui emergono le posizioni giuridicamente tutelate dall'ordinamento⁷⁶; viceversa -

⁷⁵) Il giusto procedimento “*si colloca secondo la Corte nell'area del contraddittorio e non in quella della partecipazione procedimentale. La titolarità di un interesse specifico (...) delimita l'ampiezza del principio*”. (SCIULLO, *Giusto procedimento tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, Milano, 1986, n. 3, p. 305). Infatti, “*il contraddittorio è garanzia della difesa, ad armi pari, di interessi tendenziali confliggenti (...): la partecipazione sta invece a disegnare, al di fuori di ogni idea di conflitto giuridico, la presenza attiva della società*”. (BERTI, *Procedura, procedimento, partecipazione*, op. cit., p. 800). “*Al giusto procedimento andrebbe attribuita la finalità di assicurare la garanzia del contraddittorio, mentre la partecipazione opererebbe anche per il raggiungimento della completezza dell'istruttoria procedimentale e, pertanto, in funzione mista (di garanzia e di collaborazione)*”. (A. SANDULLI, *Il procedimento*, op. cit., p. 966).

STELLA RICHTER enfatizza la funzione garantistica degli atti di parte prodotti nel procedimento, e quasi ne trascura il contributo in termini collaborativi: “*non v'è una sostanziale differenza tra le ipotesi di previsione legislativa di osservazioni e quelle di previsione di opposizioni, essendo tutte riconducibili ad una comune matrice garantistica e non già anche a una diversa possibile funzione partecipativa*”. V. alla voce *Opposizione (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1980, vol. XXX, p. 528.

Per queste ragioni, F. TRIMARCHI sostiene che “*interpretare gli istituti di partecipazione, in termini di contraddittorio, finisce per sminuirne il valore e l'incidenza*” (*Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2000, p. 634). Addirittura, BERTI giunge a negare la stessa funzione garantistica della partecipazione: “*a differenza della procedura per contraddittorio, la procedura per partecipazione non svolge una funzione di garanzia e di tutela, proprio perché essa non presuppone la definizione preventiva di un interesse da tutelare in confronto ad altri*” (op. ult. cit., p. 803).

⁷⁶) “*Quanto più la rete degli interessi è complessa, tanto più il legislatore dovrebbe aver cura di congegnare le fasi del procedimento in modo da permettere una valutazione consapevole degli interessi compresenti: il procedimento amministrativo, sotto l'aspetto funzionale, è uno strumento per disciplinare la compresenza degli interessi*” (GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, p. 160). “*È nel procedimento amministrativo e mediante esso che avviene, come si sa, la identificazione*” degli interessi “*e si produce la loro soggettivazione*” (NIGRO, op. ult. cit., p. 264).

come si è appurato - il cittadino può partecipare, in astratto, a tutte le attività dell'autorità pubblica⁷⁷.

Nondimeno, il giusto procedimento si concretizza nello svolgimento di un'attività che ben può rientrare nella definizione di partecipazione procedimentale, giacché consente al cittadino di esercitare un'influenza sull'autorità procedente, a difesa della propria posizione soggettiva. La stessa dottrina ha inteso il contraddittorio come “concreta specificazione della nozione generica di partecipazione”⁷⁸.

Peraltro, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto - sebbene non costantemente⁷⁹ - che il giusto procedimento, pur assolvendo una finalità garantistica, contribuisce altresì al corretto svolgimento dell'istruttoria, o comunque al buon andamento dell'amministrazione⁸⁰. Insomma, esso soddisfa

⁷⁷) “Mentre il principio del giusto procedimento trova applicazione esclusivamente in riferimento al procedimento, quello di partecipazione ha un ambito di estensione assai più ampio, dovendo essere annoverato tra i principi cardine dello Stato democratico e di una società fondata sul pluralismo”. (A. SANDULLI, *op. e loc. ult. cit.*).

La distinzione tra le due nozioni conduce BERTI a una conclusione radicale: la partecipazione ridimensiona la rilevanza di tutti gli istituti tesi a garantire il cittadino nei confronti dello Stato. Ciò non comporta, naturalmente, che questa esigenza venga meno; semmai, che essa venga soddisfatta secondo diverse modalità. (“La partecipazione sociale toglie ragione d'essere alla esaltazione della garanzia individuale di fronte allo Stato e sdrammatizza quindi il rapporto Stato-individuo; ne deriva che il meccanismo giuridico non può coltivare come fine ultimo quello di rendere giustizia ai diritti individuali” ma garantire procedure che perseguano “risultati sociali, nei quali dovrebbe rimanere in buona parte assorbita anche l'esigenza della difesa individuale”. *La parabola, op. cit.*, p. 5).

⁷⁸) FIGORILLI, *Il contraddittorio, op. cit.*, p. 195.

⁷⁹) “Con norme di condotta troppo eccessivamente minuziose, imposte alla amministrazione pubblica, lungi dall'ottenersi sempre fattiva garanzia, potrebbero, invece, sussistere inconvenienti, anche gravi, di ristagno” (Corte Costituzionale, sentenza 22-25 ottobre 1985, n. 324).

Addirittura, in un'occasione, la Corte ha sostenuto che il principio del giusto procedimento debba applicarsi solo ai procedimenti finalizzati all'adozione di atti restrittivi della sfera privata. Secondo il giusto procedimento, “i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti” (Corte Costituzionale, sentenza 9-20 marzo 1978, n. 23).

Ma cfr. MORBIDELLI: “si può avere una partecipazione attiva-oppositiva anche nei confronti di provvedimenti ampliativi (es.: i vicini che contestano l'autorizzazione per l'apertura di un locale notturno)” (*Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO- ROVERSI MONACO-SCOCA, Bologna, 2005, vol. I, p. 635).

⁸⁰) Si ribadisce quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 13/1962: i privati interessati devono essere messi “in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico”.

tanto l'amministrazione, quanto gli amministrati⁸¹; a parere di buona parte della dottrina, la partecipazione amministrativa dei cittadini nel procedimento comporta un identico duplice beneficio.

Alle somme, il tema del contraddittorio nel procedimento amministrativo trova legittimamente spazio in un'indagine sulla partecipazione.

Anche altre sentenze pongono in relazione le garanzie procedurali con le esigenze del buon andamento, oltre che dell'imparzialità. Non è consentito che i dipendenti dell'amministrazione militare siano destituiti o dispensati dal servizio *inaudita altera parte*: “*le garanzie procedurali a presidio della difesa (...) risultano strumentali al buon andamento dell'amministrazione militare sotto il profilo della migliore utilizzazione delle risorse professionali. Di qui, la lesione non soltanto dei principi costituzionali di eguaglianza e ragionevolezza introdotti dall'art. 3, ma anche del canone di buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione*”. (Corte Costituzionale, sentenza 5-14 aprile 1995, n. 126; conforme, per l'Arma dei Carabinieri, sentenza 18 luglio 1997, n. 240). In carenza di garanzie procedurali, il meccanismo di cessazione automatica *ex lege* (c.d. *spoil system*) dei dirigenti generali della P.A. contrasta con l'art. 97 Cost. (Corte Costituzionale, sentenza 23 marzo 2007, n. 103); infatti, essi devono essere posti “*in condizione di svolgere le loro funzioni*” e il legislatore deve evitare che siano posti “*in condizioni di precarietà che*” ne “*consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento*”, atteso che, in caso contrario, “*la dipendenza funzionale del dirigente*” potrebbe diventare “*dipendenza politica*” (Corte Costituzionale, sentenza n. 104/2007). Tuttavia, in questi casi, il buon andamento dell'azione amministrativa non dipende dalla partecipazione del privato *tout court*, bensì dall'intervento di alcune categorie di privati, in ragione del rapporto di lavoro e di servizio che li lega alla pubblica amministrazione.

⁸¹) Vero che il giusto procedimento “*si colloca secondo la Corte nell'area del contraddittorio e non in quella della partecipazione procedimentale*” e che “*la titolarità di un interesse specifico (...) delimita l'ampiezza del principio*”. Nondimeno, pur perseguendo la tutela di un interesse individuale, il giusto procedimento giova anche all'amministrazione: “*aspetto garantistico e aspetto collaborativo si saldano nel pensiero della Corte e connotano il profilo funzionale del giusto procedimento*”. (SCIULLO, ‘Giusto procedimento’, *op. cit.*, p. 305. V. anche FIGORILLI, *op. ult. cit.*, p. 217).

II - Partecipazione e legittimazione democratica.

1 - Partecipazione e legittimazione nell'ordinamento interno.

Il tema di questo capitolo è la relazione tra la legittimazione democratica di una decisione e la partecipazione dei cittadini alla sua formazione.

Coerentemente con quanto affermato in precedenza, l'esercizio del diritto di voto - al fine di eleggere gli organi rappresentativi della volontà popolare - non è da includersi fra le pratiche partecipative: infatti, il voto attivo è funzionale alla sola democrazia rappresentativa.

Tuttavia, il voto popolare è condizione insostituibile per legittimare le scelte dell'autorità pubblica. Nessuna forma di partecipazione assicura ai cittadini di influire nelle decisioni con altrettanta intensità.

Se ne deduce che la partecipazione popolare, in sé, non vale a fornire una legittimazione democratica all'azione di un'autorità priva di mandato popolare e completamente svincolata dagli organi rappresentativi.

Per giungere a questa conclusione, occorre definire con esattezza la legittimazione "democratica" di una decisione, distinguendola - innanzitutto - dalla sua legittimazione "sociale".

Sul piano meramente sociologico, una regola non è legittimata, se i consociati tenuti al suo rispetto non ne ritengono giustificata l'esistenza⁸². Cosicché, la sopravvivenza dei patti sociali, e delle norme su cui essi si reggono, è determinata - almeno in parte - dalla "forza del migliore argomento": difficilmente il carattere imperativo di una regola sarà sufficiente perché questa sia accettata dai contraenti; occorre che essa sia valida sul piano razionale⁸³, in

⁸²) "La disposizione ad obbedire all'imposizione di ordinamenti da parte di singoli o di più individui presuppone (...) la credenza in un potere legittimo, in qualsiasi senso di colui o di coloro che li impongono" (WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995, vol. I, p. 35).

⁸³) "(...) we cannot explain the validity claim of norms without recourse to rationally motivated agreement or at least to the conviction that consensus on a recommended norm could be brought about with reasons. In that case the model of contracting parties who need know only what an imperative means is inadequate. The appropriate model is rather the communication community of those affected, who as

misura tale da ottenere un generale consenso attorno a esse. In questo senso, la decisione pubblica è tanto più legittimata, quanto più i cittadini partecipano alla sua formazione; questo processo è chiaramente facilitato se la partecipazione avviene secondo il metodo deliberativo. Si ipotizzi che l'adozione di una regola sia preceduta da una pubblica discussione: poiché il dibattito favorisce lo sviluppo di una coscienza critica, i soggetti deputati ad adottare la regola saranno maggiormente incentivati a determinarne il contenuto tenendo in debita considerazione il giudizio della società⁸⁴.

Da un punto di vista giuridico, la legittimazione "democratica" di una scelta - nel contesto di una democrazia rappresentativa - è assicurata solo se il soggetto che la assume è eletto dal popolo; in alternativa, il decisore deve rispondere a un altro soggetto, eletto dal popolo, o - quantomeno - deve agire nel rispetto delle decisioni di un altro soggetto, eletto dal popolo⁸⁵.

Si supponga che un dato organo eserciti una funzione amministrativa, senza rispettare alcuna delle condizioni sopra descritte. Esso agirebbe in evidente contrasto con il principio della sovranità popolare, anche se consentisse ai

participants in a practical discourse test the validity claims of norms and, to the extent that they accept them with reasons, arrive at the conviction that in the given circumstances the proposed norms are 'right'" (HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Londra, 1976, p. 105).

⁸⁴ "Deliberation influences the constitution in citizens' opinions and judgements and as such it has a clear influence on the outcome of the decision-making process?" (BESSON, *Deliberative Democracy in the European Union: Towards the De-territorialization of Democracy*, in *Deliberative Democracy and its Discontents*, a cura di BESSON-MARTÍ, Farnham, p. 198).

⁸⁵ "La legittimazione personale-organizzativa consiste in una ininterrotta catena di legittimazioni, riconducibili al popolo, per i pubblici ufficiali preposti all'esercizio degli affari dello Stato. (...) Sono ugualmente ammesse nomine dirette o indirette da parte del popolo (...) Decisivo è comunque che la catena di legittimazioni non venga interrotta dal subentrare di un organo, ovvero di un amministratore, non legittimato democraticamente o non sufficientemente legittimato; la catena degli atti di nomina deve procedere senza soluzione di continuità dal singolo amministratore fino al popolo come detentore del potere dello Stato. (...) La legittimazione democratica contenutistico-oggettiva può essere prodotta seguendo due vie. Da un lato, ci si può ancorare al diritto legislativo accordato al Parlamento come all'organo di rappresentanza del popolo, legittimato da un atto elettorale diretto, vincolanti quindi tutti gli altri organi statali alle leggi così deliberate; dall'altro lato, ci si può servire di un'assunzione di responsabilità democratica sanzionata, inclusiva dei controlli a ciò corrispondenti, in ordine alla tipologia dell'esercizio dei compiti accordati (...) Qualora manchino entrambe le cose (...) si delinea la tendenza alla costruzione di ambiti deliberativi esenti da democrazia" (BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Milano, 2006, pp. 391-392 e 398).

cittadini di partecipare alla formazione degli atti che adotta⁸⁶. Questo assunto sarebbe valido anche ammettendo che sia materialmente possibile, all'atto pratico, assicurare a tutti i cittadini il diritto di intervenire nelle decisioni⁸⁷.

In una democrazia rappresentativa, sono numerose le ipotesi in cui i poteri pubblici subiscono le conseguenze di una scelta non conforme al volere del popolo: il popolo ha il potere di non rieleggere un membro del Parlamento, se questo assume una decisione invisa alla maggioranza dei cittadini; il giudice deve dichiarare l'illegittimità di un atto amministrativo, quando il suo contenuto contrasta con la legge approvata dal Parlamento. Viceversa, la partecipazione consiste nell'attribuire a ciascun cittadino il mero diritto di apportare un contributo a monte della decisione pubblica.

Chi è dotato di potere decisionale potrebbe abilmente sottrarsi all'influsso dell'opinione pubblica, e agire con illimitata discrezionalità, qualora fosse irresponsabile di fronte ai cittadini e interamente esonerato dal rispetto delle norme approvate da un Parlamento eletto. È illusorio sperare che la democraticità di una norma possa dipendere solo dalla sua generica

⁸⁶) Cfr. l'esempio del "centralismo democratico", tipico dell'Unione Sovietica. "The Stalinite doctrine is 'democratic centralism', which simply means that after a period of discussion the central authority, which is Stalin and a few self-chosen friends, decides the course of policy and bears no responsibility to an agency outside himself" (FINER, *Administrative Responsibility in Democratic Government*, in *Public Administration Review*, New York, 1941, n. 4, p. 337).

⁸⁷) "Solo alcuni privati possono partecipare ai processi di decisione (...) Per tale motivo, la democrazia procedurale (...) non può sostituire la democrazia rappresentativa, e neppure integrarla, considerata la sua limitata portata" (CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1, p. 41). "Il modello ideale" della democrazia deliberativa dovrebbe "poter coinvolgere tutti gli individui i cui interessi possano ritenersi direttamente o indirettamente compromessi dalla decisione finale (...) In questa versione però il modello è di fatto irrealizzabile" (BILANCIA, conclusioni di *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, a cura di ARENA-CORTESE, Padova, 2011, p. 372). Infatti, mentre "la rappresentanza politica (...) compone le aspirazioni, le domande, i bisogni comuni della collettività in un più ampio quadro di sintesi, riferimento obbligato delle future decisioni di governo della cosa pubblica", "la rappresentanza di interessi" all'interno del procedimento "fa presente al decidente le domande di una parte della comunità, illustra le idealità proprie di una categoria sociale, che si rapporta al 'tutto' come la frazione all'unità" (DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2005, p. 62).

R. FERRARA estende queste considerazioni al procedimento amministrativo: sono "soprattutto coloro che praticano una partecipazione di tipo 'professionale' a marchiare a fuoco il procedimento, imprimendovi in modo indelebile il segno del loro passaggio" (*Introduzione al diritto amministrativo - Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002, p. 134).

“accettabilità sociale”⁸⁸, in assenza di meccanismi che consentano alla volontà popolare di vincolare, almeno in parte, il decisore. In sé, è persino inutile che il detentore del potere renda conto⁸⁹ del proprio operato ai cittadini, quando questi non vantano alcun diritto che non sia quello di disapprovare.

Lo stesso metodo deliberativo, per quanto agevoli la legittimazione sociale delle decisioni, non ne assicura la legittimazione democratica⁹⁰. Non è pacifico che questo metodo consenta la piena espressione della volontà popolare.

Innanzitutto, l'individuazione del “miglior argomento” secondo criteri di razionalità e imparzialità non può che avvenire secondo modalità differenti rispetto all'accertamento di una maggioranza sulla base di un puro calcolo aritmetico⁹¹. D'altronde, come evidenzia la dottrina, la legittimazione sociale di una norma poggia su basi etiche, prima che razionali⁹²: in ogni discussione, è possibile che la maggioranza dei partecipanti, seguendo i propri interessi o i propri valori, non accolga l'argomento che si rivela più solido sul piano logico.

⁸⁸) Alla “accettabilità” fa riferimento GENSTENBERG. “*Deliberative, directness and pluralization (...) combine to make novel forms of democratic community possible by, in the long run, providing a legitimation basis for a global law without the state. In this way, it carries to the consequence the idea that the validation of law is not a matter of the source from which it emanates, but of the acceptability which it secures*” (*Denationalization and the Very Idea of Democratic Constitutionalism: The Case of the European Community*, in *Ratio Juris*, Oxford, 2001, n. 3, p. 320).

⁸⁹) A parere di NICOLAIDES, per assicurare la responsabilità di un soggetto di fronte ai cittadini, non occorre vincolarne l'azione (“*Accountability is strengthened not when the actions of the agent are constrained but when the agent is required to explain and justify his actions to those who have the necessary knowledge to understand and evaluate those actions*”): è sufficiente la possibilità di chiamarlo a rispondere dei suoi atti davanti a un giudice (“*effective accountability mechanisms must remove arbitrariness from the agent's actions by requiring him to (...) be liable to judicial challenge*”). Resta da domandarsi a quale legge sia soggetto il giudice in questione. (*Improving Policy Implementation in an Enlarged European Union: The case of National Regulatory Authorities*, Maastricht, 2003, p. 46, scritto con GEVEKE e DEN TEULING).

⁹⁰) Ma cfr. MANIN: “*The source of legitimacy is not the predetermined will of individuals, but rather the process of its formation, that is deliberation itself (...) Legitimate law is the result of general deliberation, and not the expression of the general will*” (*On Legitimacy and Political Deliberation*, in *Political Theory*, Londra, 1987, n. 3, p. 352).

⁹¹) Sull'imprescindibilità del principio di maggioranza in una democrazia, v. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, op. cit., pp. 5-6.

⁹²) “*Un ordinamento mantenuto soltanto sulla base di motivi razionali rispetto allo scopo è (...) più labile di un altro che si presenti fornito del prestigio di esemplarità o di obbligatorietà, cioè del prestigio della 'legittimità' (...)*” (WEBER, *Economia e società*, op. cit., vol. I, p. 29). “*La legittimità viene a designare la giustificazione morale del potere politico in quanto fondato su principi e valori di natura etico-giuridica o etico-sociale*”. (PORTINARO, alla voce *Legittimità*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. V, Roma, 1996, p. 236).

In realtà, secondo alcuni autori, la *deliberation* può consentire la conciliazione tra gli argomenti razionali e le scelte di valore che emergono nel corso della discussione. Soprattutto, non è da escludersi che l'opinione prevalente sia individuata per mezzo di una votazione: anzi, alcuni deliberativisti lo prescrivono espressamente⁹³. Così, almeno in apparenza, i procedimenti deliberativi consentono di appurare l'esistenza di una maggioranza fra i partecipanti alla discussione, né più né meno come avviene alle elezioni, con una differenza: ognuno deve fornire una giustificazione oggettiva per la preferenza che esprime⁹⁴, non essendo sufficiente allegare, a fondamento della propria posizione, una scelta di valore o un mero interesse particolare.

Tuttavia, è lecito - e anzi scontato - avanzare dubbi in ordine alla fattibilità pratica di una pubblica discussione che coinvolga l'intera popolazione⁹⁵. Inoltre, la dottrina segnala l'impossibilità di assicurare alle discussioni informali, interne alla società civile, le garanzie formali tipiche della vita democratica istituzionale, il che favorirebbe gli abusi dei più potenti fra coloro che partecipano al dibattito⁹⁶. A questo proposito, non manca chi sostiene l'inefficacia del metodo deliberativo fuori da quei contesti in cui è possibile

^{93Even under ideal conditions there is no promise that consensual reasons will be forthcoming. If they are not, then deliberation concludes with voting, subject to some form of majority rule” (COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimation*, in *The Good Polity*, a cura di HAMLIN-PETTTI, Oxford, 1989, p. 23).}

^{94The results of voting among those who are committed to finding reasons that are persuasive for all are likely to differ from the results of an aggregation that proceeds in the absence of this commitment” (COHEN, *op. e loc. ult. cit.*).}

^{95una democrazia diretta condotta dall'intero popolo riunito è piuttosto un mito politico che una forma di governo” (*Storia delle dottrine politiche*, Milano, 2003, p. 5).}

^{96una rete aperta e 'inclusente' di sfere pubbliche subculturali che si sovrappongono l'una all'altra senza chiari confini temporali, sociali e di merito (...) Questi flussi formano nel loro insieme un 'terreno selvaggio', mai interamente organizzabile dall'alto. Data la sua struttura anarchica, la sfera pubblica generale è certo assai più esposta e indifesa, rispetto alle sfere pubbliche organizzate dei corpi parlamentari, agli effetti repressivi e selettivi generati dalla disegualianza del potere sociale, dal carattere strutturale della violenza, dalla distorsione sistematica della comunicazione” (HABERMAS, *Fatti e norme, op. cit.*, pp. 364-365). A quel punto, “*la lotta per il monopolio degli organi dell'opinione pubblica*” si risolverebbe “*in modo che una sola forza modelli l'opinione e quindi la volontà politica nazionale, disponendo i discordi in un pulviscolo individuale e disorganico*” (GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Torino, 1975, vol. VI, § 83 p. 915).}

giungere a una posizione di compromesso⁹⁷: poiché tali contesti sono generalmente ristretti, la *deliberation* si risolve in un processo escludente.

Insomma, qualora la *deliberation* consista in una discussione pubblica informale, la scelta conclusiva potrebbe corrispondere al volere di una maggioranza che non rispecchia la volontà popolare. Semmai, il metodo deliberativo ben si attaglia all'operato degli organi rappresentativi⁹⁸, i quali esprimono la volontà popolare in seguito alle elezioni, e non a una mera discussione tra i cittadini.

⁹⁷) Si afferma questo, proprio perché la *deliberation* mira al raggiungimento di un interesse comune attraverso una discussione razionale, al termine delle quali le parti possano, se non concordare, quantomeno avvicinarsi.

È ovvio che la *deliberation* stride con quelle pratiche di democrazia semi-diretta che, riducendosi alla manichea scelta fra due opzioni inevitabilmente inconciliabili, rendono sterile lo scambio di opinioni. Il *referendum* “riducendosi all'approvazione o alla disapprovazione, senza possibilità di emendamento, determina ben poco i contenuti decisi” (LUCIANI, *Art. 75-Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, Bologna, 2005, p. 81. L'Autore individua il momento decisivo della consultazione a monte, ossia nella formulazione del quesito iniziale).

Nondimeno, a parere di alcuni autori, il metodo deliberativo incontrerebbe ostacoli persino in una democrazia rappresentativa, qualora essa presenti i connotati di un modello plebiscitario, in cui l'azione politica è improntata alla ricerca del consenso più che di un compromesso con l'avversario: in questa visione, il pericolo risiederebbe nel peso dell'immediata espressione di volontà da parte di un elettorato di massa che scontrerebbe un fisiologico *deficit* di razionalità nelle proprie scelte. “*In a plebiscitary model, political actors tend to behave with reference to what might win a plebiscite or popular referendum (...) Given the vagaries of knowledge and deliberation among the mass electorate, the plebiscitary model of leadership seems to represent a comparative loss of deliberation*” (FISHKIN, *Democracy and Deliberation*, New Haven, 1991, p. 46).

Questa eventualità sarebbe scongiurata solo imponendo la ricerca di un equilibrio fra i punti di vista espressi: ciò comporta la ricerca di un consenso unanime - il che non è realizzabile quando la discussione avviene su vasta scala - o, in alternativa, il ricorso ai tradizionali meccanismi di mediazione adottati negli organi tipici della democrazia rappresentativa. A questo proposito, ancora FISHKIN (*op. ult. cit.*, pp. 51 e 54) asserisce che “*at the small scale, incorporating such practices into direct democracy safeguards against tyranny and promotes both political equality and deliberation. Such practices obviously raise decision-costs enormously. They are also a practical possibility only at the small scale*”. A questo proposito, l'Autore assume come modello le assemblee delle comunità quacchere, le quali non si concludono con una votazione, bensì con un compromesso (“*no votes are taken and the discussion continues until a mutually recognized 'sense of the meeting' emerges*”). In alternativa, “*representative institutions may achieve (...) opportunities for greater deliberation*”.

In quest'ottica, non si potrebbe fare ricorso al metodo deliberativo se non quando i partecipanti alla discussione sono pochi. Anche PAPADOPOULOS e WARIN interpretano in questo senso il pensiero di FISHKIN: “*there is a trade-off between democracy and deliberation since the latter would only be possible in small circles*” (*Are innovative, participatory and deliberatory procedures in policy making democratic and effective?*, in *European Journal of Political Research*, Oxford, 2007, n. 4, p. 451).

⁹⁸) Per sua natura, la decisione di un organo rappresentativo “*consegue ad un autentico procedimen-to deliberativo (di discussione, cioè, e di confronto reciproco), capace di determinare*

Per questi motivi, il metodo deliberativo non consentirebbe la legittimazione democratica di una decisione pubblica, quando questa non è intrapresa da un soggetto direttamente o indirettamente condizionato dal voto⁹⁹. Del resto, i suoi sostenitori mirano a un diverso obiettivo: essi intendono conferire ai pubblici poteri una legittimazione sociale, e non più solo giuridica.

Da tutto ciò, si deduce che la partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche, di per sé, non può supplire a una carenza di legittimazione democratica. Tuttavia, la legittimità democratica di una decisione sarebbe del tutto esente da dubbi, se i cittadini potessero esprimere un parere vincolante nel quadro del processo decisionale, al punto di determinare integralmente il contenuto delle decisioni.

Ovviamente, questa eventualità sarebbe del tutto estranea alla democrazia partecipativa, e costituirebbe, a rigore, una manifestazione di democrazia diretta. Peraltro, se non esistessero norme idonee a costituire un limite alla volontà popolare, e se i pubblici poteri - ridotti a meri esecutori delle scelte direttamente intraprese dai cittadini - perdessero quel tanto di autonomia decisionale che è necessario per applicare queste norme, sorgerebbe il rischio di una “partecipazione senza democrazia”: sarebbe negata l'autorità - e la stessa ragione di esistere - dello Stato democratico, esercitata allo scopo di evitare l'arbitrio dei cittadini più forti¹⁰⁰. Del resto, qualsiasi forma di governo - anche se non fosse ispirata a un modello democratico - sarebbe minacciata, se non esistesse alcuna autorità; *idem* avverrebbe se l'autorità non potesse esprimere

L'aggiustamento delle posizioni iniziali attraverso l'esercizio della facoltà di emendamento”. (LUCIANI, *op. e loc. ult. cit.*).

⁹⁹) “However, democracy is not only about deliberation but also about rule by the people. Deliberation is thus necessary but by no means sufficient for democracy”. (PAULUS, *The International Legal System as a Constitution*, in *Ruling the world? - Constitutionalism, International Law and Global Governance*, a cura di DUNOFF-TRACHTMAN, New York, 2009, p. 96).

¹⁰⁰) “Le società diventano ingovernabili, se i settori che le compongono rifiutano il governo in nome dei diritti di partecipazione, e questo a sua volta non può non influire sulla capacità di sopravvivenza” (DAHRENDORF, *Cittadini e partecipazione: al di là della democrazia rappresentativa?*, in *Il cittadino totale*, Torino, 1977, p. 56).

una volontà distinta da quella dei consociati, imponendo loro l'osservanza di regole valide per tutti¹⁰¹.

A prescindere da ogni ulteriore valutazione di carattere astratto, l'ordinamento della Repubblica italiana non consentirebbe all'autorità pubblica di rinunciare all'esercizio di un potere decisionale autonomo.

La Costituzione limita la sovranità popolare e ne stabilisce le forme¹⁰²; inoltre, impone a tutti i cittadini il rispetto delle leggi. Il potere legislativo, in rappresentanza del popolo, è attribuito al solo Parlamento; l'indirizzo politico e amministrativo spetta al solo Governo; la politica nazionale è determinata dai partiti¹⁰³. La democrazia diretta, quando è prevista, è sottoposta a stringenti limitazioni procedurali. Questi sono gli strumenti che la Repubblica mette a disposizione affinché la volontà popolare sia espressa ed eseguita. Nessun altro istituto può sostituirli, almeno finché non si procede a revisione costituzionale. Naturalmente, anche la partecipazione all'attività della pubblica amministrazione - che è l'oggetto di questo lavoro - acquisterebbe un connotato anticostituzionale, se portasse i cittadini a sostituire il loro volere - direttamente espresso - a quello dell'autorità. In questo caso - vale la pena ribadirlo - l'amministrazione non sarebbe più in grado di individuare un interesse collettivo distinto rispetto agli interessi dei privati, e sarebbe in balia di quei cittadini che riescono a difendere da soli la propria posizione a scapito

¹⁰¹) È il noto insegnamento contenuto nella *Repubblica* di PLATONE. “Una banda di predoni o di ladri o qualsiasi altro gruppo di persone associate per un’impresa ingiusta, riuscirebbero a combinare qualcosa se i loro componenti si facessero reciprocamente ingiustizia?”.

¹⁰²) D’altro canto, la Costituzione italiana, all’art. 3, riconosce la presenza di “ostacoli” che “limitano di fatto” l’eguaglianza e la libertà dei cittadini, e attribuisce alla Repubblica il compito di “rimuoverli”. Ne consegue che la Costituzione italiana non può confondere la società, che ha creato gli “ostacoli”, con l’autorità pubblica, che li deve “rimuovere”. “L’essenza più profonda della Costituzione (...) sta proprio nell’esplicita dichiarazione che essa formula di un contrasto fra il principio generale di organizzazione posto a base del nuovo Stato e la realtà sociale in atto. Contrasto considerato produttivo di una situazione di ingiustizia, che è necessario eliminare” (MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, ne *Il diritto del lavoro*, Roma, 1954, n. 1, p. 153).

¹⁰³) Che poi “l’emergere dei condizionamenti e delle strozzature insite nel sistema rappresentativo adottato” e “l’involuzione oligarchica e burocratica dei partiti politici”, nonché “l’inadeguatezza della loro mediazione” abbia “indotto a puntare sulla valorizzazione dell’istanza partecipativa” (SAVIGNANO, *La partecipazione politica nell’ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 1979, p. 11), è altro discorso, valido per la prassi, ma non sufficiente a svalutare l’efficacia giuridica del dettato costituzionale.

degli altri, con conseguente violazione del principio di imparzialità¹⁰⁴. Peraltro, in un simile contesto, sarebbe svuotato anche il principio di legalità sostanziale, poiché diverrebbe impossibile perseguire il fine dell'interesse generale, stabilito dalla norma attributiva del potere.

In definitiva, si contesta che garantire la partecipazione dei cittadini alle scelte di un organo sia sufficiente per legittimarne l'operato, qualora questo non sia, nemmeno indirettamente, soggetto alla volontà popolare, espressa per mezzo del voto. La partecipazione non attribuisce ai cittadini il potere di decidere, e neanche quello di legittimare il decisore per mezzo di una delega. Dunque, la partecipazione consente al popolo di influire sulle scelte, ma non di evitare scelte sgradite; a tal fine, occorre che il popolo detenga un potere di veto, o, quantomeno, il potere di condizionare il decisore, non rinnovandogli la delega, ovvero non rinnovando la delega all'organo legislativo che ne vincola l'azione.

2 - Partecipazione e legittimazione nel contesto globale.

2.1 - Processi decisionali e dimensione globale.

Alcuni autori hanno individuato nella partecipazione un parziale rimedio alle trasformazioni imposte dai fenomeni di denazionalizzazione economica e sociale, e, in particolare, alla diminuzione della capacità decisionale di cui dispongono gli organi degli Stati democratici, legittimati dai loro cittadini¹⁰⁵.

¹⁰⁴) La P.A. “*deve rimanere libera di valutare in modo neutrale gli interessi in gioco in ogni decisione relativa alla collettività*” (CASSESE, *La partecipazione dei privati*, op. cit., p. 15).

Il rischio è che “*interessi privati adeguatamente rappresentati (...) finiscano con l'essere pedissequamente trasfusi nei dispositivi provvedimentali e dunque elevati al grado di 'pubblici'. Il pericolo, insomma, è di assistere a degenerazioni particolaristiche che (...) possono determinarsi allorché (...) si dia eccessivo spazio a forme concertate di esercizio del potere*” (OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 374).

¹⁰⁵) “*Nella seconda più recente fase della modernità, si produce una nuova e più radicale liquefazione legata a una tecnologia sempre più mobile e mobilitante e a un'economia fortemente liberalizzata*”. Tale tendenza “*convive anzi impone col suo dominio una dualità*” fra “*le condizioni che beneficiano di libertà*”, a cominciare dal “*capitale finanziario fattosi massimamente liquido*”, e le posizioni “*diminuite nella loro libertà e felicità dalla potenza stretta delle prime*”, confinate in una dimensione locale, non globale, e per questo rimaste “*solide*”. Di fronte a tutto ciò, e “*a comportamenti del*

In questa sede, la nozione generica e onnicomprensiva di “globalizzazione” sarà considerata con riguardo alle trasformazioni che coinvolgono l’operato degli organi amministrativi di ogni singolo Stato e, in particolare, l’attività di regolazione dei mercati che essi sono chiamati a svolgere.

Diversi aspetti dell’economia sono regolati da norme valide per la grande maggioranza degli Stati del mondo¹⁰⁶. Si tratta di norme settoriali, non incluse in un organico *corpus* giuridico, il cui contenuto è determinato da organizzazioni internazionali. Tuttavia, queste organizzazioni sono formate da rappresentanti o da organi degli Stati che ne fanno parte: dunque, sono legittimate dai loro cittadini solo in via indiretta; addirittura, alcune di esse hanno natura privata¹⁰⁷ e, pertanto, sono irresponsabili nei confronti dei cittadini¹⁰⁸.

ceto politico e delle stesse istituzioni in quanto tali (...) che hanno abbandonato (...) ogni capacità decisionale”, “la democrazia partecipativa potrebbe ricostruire un grado più soddisfacente di libertà umana”; “con questo si avrebbe un parziale riequilibrio delle situazioni solide contro la liquidità esorbitante del capitale e dei soggetti forti, globali e inclusi?” (U. ALLEGRETTI, Procedura, procedimento, processo, in Diritto amministrativo, Milano, 2007, n. 4, pp. 790-795).

¹⁰⁶) V. CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, 2009, pp. 19-29.

¹⁰⁷) Tra le organizzazioni internazionali di diritto privato, si citano l’Icann per la regolazione della rete Internet, e l’Iso per le certificazioni in base a *standard* internazionali.

¹⁰⁸) Inoltre, è inevitabile evidenziare che l’azione delle autorità nazionali - non solo con riguardo alle autorità regolatrici, e non solo con riguardo alle autorità amministrative - è fortemente condizionata dalle imprese multinazionali. È appena il caso di rilevare che le imprese multinazionali non emanano alcuna “norma” in senso stretto. Nondimeno, la libertà di stabilimento e di trasferimento dei capitali consente alle *transnational corporations* di insediarsi negli Stati che adottano le norme giuridiche più favorevoli ai loro interessi; ne consegue l’insorgere di una competizione fra gli Stati, incentivati a modificare le proprie discipline. Inoltre, queste ultime - al fine di massimizzare i profitti - si avvalgono di nuovi strumenti giuridici, idonei a superare gli istituti previsti dalle leggi.

(Le società multinazionali) “*caratterizzandosi come soggetti transnazionali, ossia non vincolati a un luogo, e capaci invece di grande mobilità, hanno guadagnato un notevole potere di condizionamento sugli Stati, che (...) sono solo una delle possibili scelte territoriali*” (...) “*La mobilità delle imprese transnazionali è da ascrivere anche al ruolo delle transnational law firms, che elaborano nuove forme di sapere giuridico per assecondare gli scopi di profitto delle imprese*” (FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, pp. 107-108; più diffusamente, pp. 101 e ss. *Ibid.* - p. 134 - si nota che è “*l’incapacità dei poteri normativi dello stato di misurarsi con la dimensione globale che fa nascere anche altri attori giuridici*”). “*Le politiche economiche degli Stati hanno limitato raggio di azione, controllano solo un frammento del mercato e non sono in grado di influire sul sistema economico complessivo*” (GALGANO, *Le istituzioni della società post-industriale*, in GALGANO-CASSESE-TREMONTI-TREU, *Nazioni senza ricchezza ricchezza senza nazioni*, Bologna, 1993, p. 31). Si assiste all’indebolimento della sovranità statale (“*the tendency towards the decay of state sovereignty proceeds in two directions*”), nei confronti non solo delle istituzioni sovranazionali (“*decisional powers accruing to supranational institutions*”), ma anche di soggetti privati (“*there is also, equally important, a transfer of an increasing and wide range of political decisions*

In linea di principio, il diritto amministrativo globale non si traduce nell'adozione di atti aventi valore cogente, ricompresi nel consueto schema *command-and-control*: si tratta, essenzialmente, di raccomandazioni, quando non di accordi stipulati fra governi in via informale¹⁰⁹. Ciononostante, al di là dell'aspetto puramente formale, è in corso una trasformazione che consente di ammettere, seppure con ampio beneficio del dubbio, un progressivo indebolimento del potere esercitato dagli Stati sovrani¹¹⁰ - e, di riflesso, dai loro popoli - con riguardo a diversi ambiti: tra questi, può includersi l'attività amministrativa di regolazione¹¹¹.

È necessario precisare che la questione della legittimazione democratica si connota ben diversamente, a seconda che il contesto sia globale o nazionale.

In primis, la sovranità popolare consente ai cittadini di difendersi dagli abusi di un'autorità, ma a livello globale non esiste alcun esecutivo: non esiste un

from the political system to the functional subsystems of society, a shift of governance from the public to the private sector?"). (GENSTENBERG, Denationalization and the Very Idea, op. cit., pp. 312-313).

Date queste premesse, non si può escludere che le decisioni assunte da un organo statale - formalmente legittimato, direttamente o indirettamente, dal consenso popolare - siano in realtà determinate da soggetti privati che, pur essendo irresponsabili di fronte ai cittadini, fanno valere un elevato potere contrattuale nei confronti del decisore pubblico. In questo caso, sussiste una carenza sostanziale di democrazia, la quale - però - non dipende dalla disciplina giuridica del processo decisionale, bensì dalla debolezza politica dell'amministrazione, che non può - o non vuole - esercitare un potere autonomo. È una dimostrazione della c.d. "*capture theory*", di cui si tratterà nel successivo capitolo.

¹⁰⁹⁾ "(...) *with some exceptions, global administration consists mostly of administrative bodies with the power to make recommendations but not binding rules, or of regulatory networks or other intergovernmental cooperative arrangements with informal decisionmaking procedures*" (KINGSBURY-KRISCH-STEWART, *The Emerging of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, Durham, estate/autunno 2005, p. 53).

Ibid., tuttavia, si sostiene che "*in distributed administration (...) global administrative law requirements can be imposed on existing domestic regulatory administrations*".

¹¹⁰⁾ "*Globalization erodes states' political autonomy and thereby curtails the efficacy of state-based democracy*" (ARCHIBUGI, *Cosmopolitan Democracy and its Critics*, in *European journal of International Relations*, Thousand Oaks, 2004, n. 10, pp. 449 e 453).

Del resto, la stessa nozione generica di "potere politico", nazionale o no, è minata dallo sviluppo di un'economia di mercato ispirata dai principi del neoliberismo. "*Insofar as capitalism promotes a view of society that begins and ends in the marketplace, it threatens to obscure the political sphere entirely*" (NEWMAN, *Globalization and Democracy*, in GREVEN-PAULY, *Democratic Governance beyond the Nation State*, Lanham-Oxford, 2000, p. 18).

¹¹¹⁾ "(...) *global rulemaking is not simply the product of state power and interest, and domestic rule-makers are constrained in their procedures, policy deliberations, and decisions by that global rulemaking. Moreover, both independence and constraint are of sufficient weight to warrant the claim that there is a now a global administrative space*" (COHEN-SABEL, *Global democracy?*, op. cit., pp. 767-768).

Governo o una pubblica amministrazione o un'autorità regolatrice la cui competenza si estenda all'intero mondo¹¹². È vero che alcune organizzazioni internazionali, quando hanno il potere di stabilire una regola, dispongono di organi che ne verificano - e, se del caso, ne garantiscono - il rispetto, esercitando un potere coercitivo nei confronti degli Stati membri¹¹³; tuttavia, l'assenza di un esecutivo globale fa sì che, anche a tal fine, sia decisivo il ruolo degli Stati stessi.

In secondo luogo, gli Stati democratici hanno scelto per loro volontà - e, pertanto, per volontà dei loro cittadini - di aderire a una data organizzazione¹¹⁴: vi sono entrati liberamente e, altrettanto liberamente, possono uscirne¹¹⁵.

Tenuto conto di tutto ciò, la tesi del *deficit* democratico delle organizzazioni internazionali deve essere adeguatamente contestualizzata¹¹⁶. Al contempo, va

¹¹²) “Nello Stato il principio democratico e le garanzie del diritto sono strettamente legate alla componente dell'autorità. Nell'ordine globale non esiste un regolatore superiore. Il sistema è espressione di una *governance without government*” (CASSESE, *Il diritto globale*, op. cit., pp. 165-166).

¹¹³) “All'inizio del XXI secolo vi sono organizzazioni le cui decisioni condizionano in modo diretto (...) l'azione dei poteri pubblici nazionali?” (...) “Una volta che gli Stati hanno convenuto di costituire un'organizzazione (...) attribuiscono ad organismi specializzati il compito di assicurare il rispetto degli obblighi che discendono dall'appartenenza all'organizzazione” (DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, n. 1, pp. 13-14 e 27).

Si pensi all'Unione Europea, ma anche ai *panels* e all'*Appellate Body* dell'Organizzazione mondiale del commercio.

¹¹⁴) “By establishing an international organization, states not only create a new subject of international law but also allow for the impact of the rules emanating from these institutions on states and individuals alike” (PAULUS, *The International Legal System*, op. cit., p. 77).

¹¹⁵) “(...) States remain free to withdraw from these institutions if they do not serve their interest” (POSNER, *The Perils of Global Legalism*, Chicago, 2009, p. 81).

¹¹⁶) In tema di legittimazione e responsabilità, sono necessarie alcune ulteriori considerazioni, riguardo all'ordinamento dell'Unione Europea.

Con il Trattato di Lisbona, che modifica il TUE, si afferma chiaramente che l'Unione è fondata sulla “*democrazia rappresentativa*” (art. 10 TUE, §1), e si individuano due canali di legittimazione democratica (art. 10 TUE, §2): il Parlamento, che rappresenta direttamente i cittadini dell'Unione, e il Consiglio, che rappresenta gli Stati membri, per mezzo di organi - a loro volta - direttamente responsabili nei confronti dei cittadini degli Stati stessi. Ogni atto legislativo deve essere approvato dal Parlamento - eletto da tutti i cittadini - che assume il titolo di co-legislatore dell'Unione (art. 14 TUE). Il Trattato non ha natura costituzionale: secondo il nuovo art. 4 TUE, § 2, l'Unione “*rispetta l'identità nazionale*” degli Stati membri, “*insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*”.

Nella sentenza relativa alla ratifica del Trattato di Lisbona, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha rilevato che la natura dell'Unione resta quella di una “*unione stretta e durevole tra Stati che restano sovrani, il cui ordinamento di base è soggetto tuttavia all'esclusiva disposizione degli Stati membri e nella quale i popoli degli Stati membri (...) restano i soggetti della legittimazione democratica*”. Ne consegue che “*il potere dell'Unione Europea non può fondarsi su un soggetto di legittimazione a se stante*” e dunque che “*la democrazia dell'Unione non può e non deve*

evidenziato che gli Stati sono liberi di aderire alle organizzazioni solo in linea di principio: qualora scegliessero diversamente, essi potrebbero trovarsi a sopportare ingenti costi sul piano economico e politico¹¹⁷. Del resto, le organizzazioni internazionali comprendono anche Stati non democratici; pertanto, gli abitanti di questi Stati subiscono gli effetti di decisioni che non hanno mai legittimato, nemmeno indirettamente¹¹⁸.

Ad ogni modo, le principali perplessità in ordine alla democraticità delle scelte assunte dalle organizzazioni internazionali consegue non tanto a una “carenza

avere una forma analoga a quella di uno Stato”. È in un simile quadro che l'ordinamento europeo può prevedere forme di partecipazione che costituiscano “*vie democratiche complementari*”. Tuttavia, a giudizio del Tribunale di Karlsruhe, “*la partecipazione meramente deliberativa dei cittadini e delle loro organizzazioni sociali al potere politico - cioè il loro inserimento diretto nei dibattiti degli organi competenti a prendere le decisioni vincolanti - ovviamente non può sostituire il nesso di legittimazione riconducibile a elezioni e votazioni*”. (BVerfGE, II senato, sentenza 30 giugno 2009: il testo è disponibile in italiano all'indirizzo [web http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_sentenza.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_sentenza.pdf), con traduzione di LUTHER). Stante questa interpretazione, il Trattato di Lisbona ha ridimensionato il deficit di rappresentanza delle istituzioni europee, ma non lo ha del tutto colmato, sapendo che il Parlamento continua a essere privo dell'iniziativa legislativa, oltre che di efficaci poteri di controllo nei confronti del Consiglio dell'Unione e del Consiglio europeo. Questa persistente carenza di legittimazione è messa in rilievo da PIRODDI, la quale avverte, al contempo, che essa non può essere compensata dal rafforzamento della democrazia partecipativa: *v. Il Parlamento europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, 2011, n. 3, pp. 801 e ss., in particolare pp. 834-837.

MENENDEZ va oltre: ogni ipotesi di riconoscere la legittimazione del potere politico in assenza di democrazia contrasterebbe con i principi costituzionali comuni a tutti gli Stati della UE, tutti ispirati al modello democratico. “*Democratic representation is claimed to be as old-fashioned*”, così che taluni ne ritengono necessario il superamento (“*go beyond full inclusiveness mediated through political representation (...) and instead favour the ‘selective participation’ of interests, stakeholders and non-governmental organisations, usually referred to as civil society*”). “*The decoupling of legitimacy and democracy may well require deep thinking and result in complex, convoluted and aesthetically impressive theories, but they are untenable both as normative and reconstructive theories. (...) Suffice it to say that they do not only run against the identity of the EU and its Member States as proclaimed in their fundamental laws (...), but more critically, they are at odds with the actual political practice and discourse into which European citizens engage daily*” (*The European Democratic Challenge*, Oslo, Arena, 2008).

¹¹⁷ Ad esempio, “*(...) states must belong to the WTO in order to participate effectively in the world economy*”. Ovviamente, il rischio è inversamente proporzionale alla forza dello Stato: “*From the standpoint of a particular weak democratic state, participation in global governance institutions such as the WTO is hardly voluntary, since the state would suffer serious costs by not participating*” (BUCHANAN-KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, in *Ethics and Int'l Affairs*, Cambridge-UK, 2006, n. 20/4, pp. 407 e 414).

¹¹⁸ “*(...) not all the people who are affected by global governance institutions are citizens of democratic states, so even if the ongoing consent of democratic states fosters accountability, it may not foster accountability to them*” (BUCHANAN-KEOHANE, *op. ult. cit.*, p. 415).

di legittimazione” - in senso stretto - di questi enti, quanto all’opacità che ne contraddistingue l’operato, e che impedisce di sottoporre le decisioni a un pieno ed effettivo controllo popolare¹¹⁹.

Insomma, la progressiva acquisizione di poteri a vantaggio delle organizzazioni internazionali induce a sollevare una questione di legittimazione democratica, i cui termini sono troppo complessi per formulare una risposta univoca.

Per contro, bisogna evidenziare che l’attività di *rule-making* a livello globale è esercitata anche da persone giuridiche di diritto privato. In questi casi, la questione assume termini decisamente più netti.

2.2 - Partecipazione e legittimazione nella governance transnazionale.

In sintesi, se, in ogni Stato del mondo, gli organi che svolgono un’attività di regolazione devono confrontarsi - anche - con le norme adottate da organizzazioni internazionali di diritto pubblico (la cui legittimazione democratica non è pacifica) e di diritto privato (la cui legittimazione politica non esiste)¹²⁰, allora si deve concludere che buona parte delle scelte collettive sono assunte in una dimensione globale, sottratta alla legittimazione democratica dei cittadini¹²¹.

¹¹⁹) “Even if transnational political systems are greatly strengthened, for a long time to come decisions are likely to be made by delegates appointed by national governments. Thus the link between the delegates and the citizens will remain weak” (DAHL, *A Democratic Dilemma: System Effectiveness vs Citizen Participation*, in *Political Science Quarterly*, New York, 1994, n. 1, p. 33). “International governance is remote from citizens, its procedures are opaque. Although the foundational legal acts of international governance are often subject to national ratification processes, its (...) norms and standards are negotiated by non-elected experts and government officials” (NANZ-STEFFEK, *Global Governance, Participation and Public Sphere*, in *Government and Opposition*, Oxford, 2004, n. 4, p. 317).

¹²⁰) Inoltre, bisogna considerare - vale la pena di ripeterlo - che il decisore pubblico subisce l’influenza di talune imprese (dunque di entità non legittimate, né legittimabili) che operano su scala transnazionale e sono dotate di un’elevata forza contrattuale.

¹²¹) “Many power-wielders in world politics acquired their power without delegation. Only international organizations had their authority explicitly conferred on them – in this case by states. States, sub-units of states, multinational firms and non-governmental organizations (NGOs) were all created without having been authorized to act by any set of entities even remotely representative of the world population as a whole” (KEOHANE-GRANT, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, New York, Institute for International Law and Justice, 2004, *working paper* n. 7, p. 15).

Tutto ciò è all'origine di una vistosa differenza fra la *governance* transnazionale e i sistemi democratici nazionali. Per apportarvi un parziale rimedio, parte della dottrina suggerisce di realizzare una democrazia globale in assenza di uno Stato globale¹²². Naturalmente, non si tratterebbe di eliminare gli Stati nazionali: piuttosto, di istituzionalizzare le interazioni fra gli attori che prendono parte ai processi politici sovranazionali e transnazionali, nel quadro di un sistema di negoziazione¹²³ - ispirato ai principi della democrazia deliberativa¹²⁴ - che consenta l'intervento della società civile organizzata¹²⁵. Alcuni autori giungono ad annoverare la pubblica consultazione fra gli elementi che consentono di legittimare l'agire delle istituzioni sovranazionali e transnazionali, nonostante manchi un organo di governo globale investito dal voto popolare¹²⁶. In questo contesto si inserisce la proposta di garantire la partecipazione degli interessati nei procedimenti di regolazione internazionali¹²⁷.

Così, si invoca la partecipazione per compensare una carenza di democrazia.

¹²²) “*A politics that can catch up with global markets (...) cannot simply be introduced at the top level of a multilevel politics organized into a ‘world state’. Rather than a state, it has to find a less demanding basis of legitimacy in the organizational forms of an international negotiation system*” (HABERMAS, *The Postnational Constellation*, op. cit., p. 109).

¹²³) “*The international negotiating system that make agreements between state actors possible communicate (...) with internal state processes that respective governments depend on; on the other side they also connect up with the contexts and politics of the world organization*” (HABERMAS, *The Postnational Constellation*, op. cit., p. 110).

¹²⁴) In mancanza di un governo globale, la fonte di legittimazione dei processi sovranazionali e transnazionali non può essere (solo) la democrazia rappresentativa, bensì (anche) quella deliberativa: “*the democratic procedure no longer draws its legitimizing force only (...) from political participation and the expression of political will, but rather from the general accessibility of a deliberative process (...) For example, the institutionalized participation of non-governmental organizations in the deliberations of international negotiating systems would strengthen the legitimacy of the procedure*” (HABERMAS, op. ult. cit., pp. 110-111).

¹²⁵) “*The new sovereignty is the capacity to participate in the international and transgovernmental regimes, networks, and institutions that are now necessary to allow governments to accomplish through cooperation with one another what they could once only hope to accomplish acting alone within a defined territory*” (SLAUGHTER, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, Stanford Journal of International Law, Stanford, 2004, pp. 283-286).

¹²⁶) “*The Complex Standard*” (of Legitimacy) “*rejects the assumption that global governance institutions cannot be legitimate unless there is global democracy, but at the same time promotes some of the key democratic values, including informed, public deliberation*”: “*key institutional policies must be publicly justified*” (BUCHANAN-KEOHANE, *The Legitimacy*, op. cit., p. 435).

¹²⁷) “*Il deficit di democrazia*” che caratterizza “*la parte dell’ordinamento globale autonoma dagli stati: ad esempio l’Icann e la Iosco*” può essere attenuato in più modi” (tra cui) “*la partecipazione degli interessati al processo di decisione*” (CASSESE, *Il diritto globale*, op. cit., p. 28).

È difficile negare che la *deliberation* apporterebbe evidenti benefici sul piano della trasparenza: essa consentirebbe ai cittadini di esercitare un controllo più stringente sulla *governance* globale. Inoltre, i processi deliberativi favorirebbero la diffusione di una coscienza popolare a livello mondiale, con la quale gli attori del diritto amministrativo globale sarebbero tenuti a misurarsi¹²⁸. Infine, il metodo deliberativo, in virtù della sua flessibilità, si adatta ai processi decisionali che travalicano i confini statali¹²⁹, benché, sul piano pratico, non sia agevole individuare il “pubblico” di una *deliberation* transnazionale¹³⁰.

Senonché, non si può sostenere con certezza che la partecipazione della società civile comporti l’effettiva “democratizzazione”¹³¹ di una *governance* il cui monopolio non appartiene più alle autorità pubbliche¹³². A questo proposito, è inevitabile rinviare alle conclusioni tratte nel precedente paragrafo.

¹²⁸) Nonostante riconoscano apertamente il ruolo assunto dai privati (“*many regulatory functions are provided by private or public-private bodies*”), COHEN e SABEL ritengono che il metodo deliberativo democratizzi il diritto amministrativo globale, almeno a breve termine: “*establishing new forms of accountability at the global level will reshape national politics (...) those same accountability-enhancing measures have the potential to democratize emergent global administration itself, not by creating institutions of electoral accountability for a global government, but, in the first instance, by forming the people and public sphere that lie at the heart of democracy*” (Global Democracy?, *op. cit.*, pp. 764 e 766).

¹²⁹) “*By definition (...) deliberation accommodates fluid boundaries, since what matters is the participation of those affected by a decision, wherever they are*” (BESSON, *Deliberative Democracy*, *op. cit.*, p. 185).

¹³⁰) L’ostacolo si presenta quando la *deliberation* avviene fuori dal contesto degli Stati nazionali, nei quali i “cittadini” sono definiti dalla legge. “*The third problem with the domestic analogy is that participatory models of accountability suffer, when applied to world politics, from the absence of a coherent, representative, and well-defined global public. At the domestic level, those affected by the power-wielders are generally understood to be those subject to the laws of the polity, so it is fairly easy to determine who has a right to participate. But having the right to participate in politics as an affected party is ambiguous at the global level*” (KEOHANE-GRANT, *Accountability and Abuses*, *op. cit.*, pp. 15-16).

¹³¹) “*The crucial question is, whether the shift towards private governance ipso facto amounts to a depoliticisation of problems (...), or whether the emerging private governance regimes can be, through innovative forms of legal regulation, made democratically accountable and thus be tied back to the practice of the public use of reason. This is, in legal terms, the question of how private governance regimes can be both - and co-originally - constitutionalized and democratized*” (GENSTENBERG, *Denationalization*, *op. cit.*, p. 313).

¹³²) “*Il diritto globale non è più un monopolio (...) gli stati non sono più l’unica ‘fonte’ del diritto: altri soggetti, anche privati, partecipano alla produzione del diritto. Il diritto (...) trova spesso come propri co-autori soggetti privati, che non hanno un fine o una caratterizzazione giuridica, ma diventano di tanto in tanto attori giuridici, partecipando a vario titolo al processo giuridico*” (FERRARESE, *Le istituzioni*, *op. cit.*, pp. 133-138).

Alcuni autori temono che la *deliberation* transnazionale non sia altro che un eufemismo per indicare una tecnocrazia¹³³. Pur senza pervenire a una conclusione tanto drastica, si può asserire che l'eventuale ricorso a una consultazione dei cittadini non consentirebbe di dissipare i dubbi in ordine al *deficit* democratico che contraddistingue la c.d. "governance globale"¹³⁴.

Infatti, se si contesta la scarsa trasparenza delle decisioni assunte dalle organizzazioni internazionali, il metodo deliberativo può consentire un controllo più efficace da parte della società civile organizzata, ma non da parte di tutti i cittadini, stante l'impossibilità di garantire che intere popolazioni partecipino a una consultazione pubblica. Inoltre, la partecipazione non impedisce che alcuni soggetti condizionino la regolazione di alcuni settori economici a livello transnazionale, senza avere ricevuto alcuna delega da parte dei cittadini: è la natura privatistica di questi soggetti che ne impedisce la legittimazione, e non le procedure adottate per le loro scelte¹³⁵.

Riassumendo, non è trascurabile il rischio che le democrazie nazionali vengano a menomarsi: infatti, la produzione del diritto è sottoposta - in misura sempre crescente - alle decisioni assunte da soggetti che operano in una dimensione transnazionale, in condizioni di formale o sostanziale *deficit* democratico.

Si è affermato che la globalizzazione, comprimendo la volontà degli Stati e dei loro popoli, confligge con le ragioni della democrazia e della sovranità

¹³³) "In transnational regimes, the desire to transcend national logrolling, the need to establish some sort of non-electoral legitimacy, and the very real technical complexity of transnational regulatory issues create a natural push toward technocratic government under the camouflage of deliberation". (SHAPIRO, "Deliberative", "Independent" Technocracies v. Democratic Policies: Will the Globe Echo the E.U.?, in *Law and Contemporary Problems*, Durham, estate/autunno 2005, p. 351).

¹³⁴) Secondo KINGSBURY, KRISCH e STEWART, l'obiettivo di democratizzare i processi decisionali che vedono coinvolti Stati e organizzazioni internazionali non sarebbe pienamente raggiunto nemmeno se si garantisse la partecipazione dei cittadini, delle imprese e della società civile: "global administrative law might take pragmatic steps towards a stronger inclusion of affected social and economic interests through mechanisms of participation and review open to NGOs, business firms, and other civil society actors, as well as states and international organizations. Yet, such steps fall short of representation of the public on a basis equivalent to domestic electoral mechanisms and thus will not be able to justify the exercise of administrative authority on a fully democratic basis" (*The Emerging*, op. cit., p. 50).

¹³⁵) Analogamente, la partecipazione non varrebbe a democratizzare le decisioni dell'autorità pubblica, qualora il contenuto di queste scelte non sia in alcun modo condizionato dal voto popolare e rifletta l'esclusiva volontà delle *transnational corporations*.

nazionale, imponendo una scelta fra tre alternative: tenere in vita gli Stati nazionali, sapendo che i loro organi, pur legittimati dal voto, disporranno di un potere limitato; dare vita a un sistema democratico sovranazionale, previa ampia cessione di sovranità da parte degli Stati; preservare l'indipendenza degli Stati rispetto al diritto globale, invertendo il processo di denazionalizzazione¹³⁶. La soluzione di questo "trilemma" richiede di tenere in conto svariati fattori e costringerebbe a deviare dalla trattazione del tema della partecipazione amministrativa. Per il momento, ci si limita a dubitare che le garanzie procedurali possano costituire una valida scorciatoia.

Qualora i cittadini partecipassero alla formazione delle regole che costituiscono il diritto amministrativo globale, il loro potere di intervento sarebbe comunque più debole, rispetto a quello di cui possono disporre in uno Stato democratico. Se pure i requisiti di legittimazione validi per gli organi di uno Stato non possono essere *tout court* adottati con riferimento alla *governance* transnazionale, è impossibile ignorare che le decisioni assunte a livello globale competono a organizzazioni internazionali la cui azione è fisiologicamente sottratta - del tutto o in parte - al controllo e al giudizio dei cittadini.

3 - Partecipazione amministrativa e legittimazione.

Perché i processi decisionali pubblici siano democraticamente legittimati, non basta che essi prevedano la partecipazione dei cittadini.

Eppure, non si può negare che la partecipazione sia una forma di esercizio della sovranità popolare¹³⁷.

¹³⁶) V. RODRIK (*La globalizzazione intelligente*, Bari, 2011, pp. 206-231). Non è casuale che, *ibid.* (p. 237), l'Autore si ponga esplicitamente il problema della legittimazione democratica, a proposito di un sistema di *governance* teso a realizzare una democrazia transnazionale in assenza di uno Stato globale. "Le argomentazioni a favore di forme nuove di *governance globale* (...) sollevano interrogativi preoccupanti (...) Il tallone d'Achille della *governance globale* è la carenza di rapporti ispirati a una precisa responsabilità. In uno Stato nazionale (...) un eletto, quando agisce in modo non corrispondente alle sue attese e aspirazioni, sarà bocciato dal suo elettore. L'affidabilità globale di questo tipo, risultante dalle elezioni, è un concetto troppo forzato. Avremmo bisogno di meccanismi di tipo differente".

¹³⁷) "La trasformazione del concetto di libertà il quale, dalla idea di una libertà dell'individuo dal dominio dello Stato, si trasforma in partecipazione dell'individuo al potere dello Stato, segna

Anzi, gli istituti rappresentativi sono, a loro volta, insufficienti a realizzare l'ideale democratico, se non sono affiancati da ulteriori forme di partecipazione popolare. La democrazia non si esaurisce nel momento elettorale¹³⁸: inoltre, il diritto di voto si tramuterebbe in pura formalità, se il cittadino fosse impossibilitato a informarsi sul lavoro svolto dagli stessi organi che ha eletto ed è chiamato a rieleggere¹³⁹.

Peraltro, la stessa espressione di una "volontà" popolare non vale in sé a legittimare il potere pubblico, il cui scopo principale è pur sempre lo svolgimento di una funzione¹⁴⁰: per mezzo dei propri rappresentanti, i cittadini stabiliscono il contenuto delle norme alle quali deve attenersi un organo, ma quest'ultimo sarà pienamente legittimato ad agire solo se sarà in grado di trasformare quella volontà in un'azione che consenta di conseguire un obiettivo concreto¹⁴¹.

contemporaneamente la separazione della democrazia dal liberalismo". Così KELSEN, il quale ritiene soddisfatto l'ideale democratico "nella misura in cui gli individui sottomessi partecipano alla creazione di questo ordine stesso" (V. *La democrazia*, Bologna, 1981, p. 46).

Ma *cf.* M. CHITTI: il principio democratico "in sé considerato, acquista colorazioni estremamente diverse e può portare a conclusioni correlativamente assai distanti a seconda della qualificazione"; in quest'ottica, la qualificazione partecipativa non è "uno dei corollari più importanti che derivano dall'accoglimento dell'idea democratica, ma un suo modo di essere deliberatamente scelto come tale". (*Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, pp. 130 e 132). Infatti, lo stesso KELSEN (*op. e loc. ult. cit.*) afferma che "anche se l'estensione del potere dello Stato sull'individuo fosse illimitata (...) la democrazia sarebbe ancora possibile, purché tale potere statale fosse creato dagli individui ad esso sottomessi".

¹³⁸) "In un regime 'meramente' rappresentativo, nel quale fosse concesso ai cittadini il solo potere di votare, tali cittadini sarebbero schiavi per lunghi anni e (nella migliore ipotesi) liberi e sovrani nel solo giorno della libera scelta dei loro rappresentanti" (ESPOSITO, *I partiti*, *op. cit.*, p. 227). "Many democratic theorists would argue that elections, and the long shadows that elections cast, do not exhaust the voice that people should have on issues that affect their lives (...) people should be able to exercise voice in the long intervals between elections, and even if their representatives do not speak up on their behalf" (KEOHANE-NYE, *Between Centralization and Fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy*, Cambridge-USA, 2001, p. 13).

¹³⁹) *Cfr.* BÖCKENFÖRDE, *Stato*, *op. cit.*, p. 427.

¹⁴⁰) È l'antica lezione di DUGUIT. Premesso che "s'il y a une puissance publique, elle est un devoir, une fonction et non point un droit" (*Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1927, vol. II, p. 62), la legittimazione del potere pubblico deriva dalla sua capacità di fornire un servizio sulla base di una norma di legge: "la puissance publique ne peut point se légitimer par son origine, mais seulement par les services qu'elle rend conformément à la règle de droit" (*ibid.*, vol. I, prefazione alla II edizione del 1920, p. IX).

¹⁴¹) *Cfr.* la distinzione fra legittimazione in base ai fondamenti (*input legitimacy*) e in base ai risultati (*output legitimacy*), applicata in origine da SCHARPF (*Governing in Europe: Effective and Democratic?*, New York, 1999) e formulata esplicitamente da GOODIN (*Reflective Democracy*, New York, 2003).

In sintesi, una decisione è democraticamente legittimata solo quando l'organo che l'ha assunta è - almeno in parte - vincolato dalla volontà popolare, espressa nel corso delle elezioni: tuttavia, poiché il principio di sovranità popolare non può ridursi al mero esercizio del diritto di voto, ne deriva che le scelte dell'autorità devono essere "partecipate", e non, semplicemente, "legittimate".

Proprio l'attività amministrativa, in virtù delle sue caratteristiche, costituisce un ambito in cui emerge con particolare chiarezza il nesso fra la partecipazione dei cittadini e l'esigenza di attuare pienamente il principio di sovranità popolare¹⁴².

Come si è appena messo in luce, i cittadini di uno Stato democratico devono poter stabilire - per mezzo della legge approvata dal Parlamento, che esprime la volontà della loro maggioranza - le regole alle quali devono attenersi gli organi dotati di potere decisionale. Sennonché, in una democrazia rappresentativa, essi non possono intraprendere direttamente tutte le decisioni pubbliche. I cittadini devono sottostare alle decisioni dell'autorità, anche quando dissentono dalle scelte della maggioranza parlamentare. Inoltre, il potere amministrativo attribuito dalla legge (dunque, dal popolo) comprende un margine di discrezionalità: di conseguenza, l'amministrazione può ispirare una parte del proprio agire a criteri non definiti dalla legge (dunque, dal popolo).

Nondimeno, sottrarre ai cittadini il potere di assumere alcune decisioni - o di vincolarne il contenuto - non implica affatto che essi siano del tutto esclusi dal processo che le precede. Al contrario, è dubbio che il principio della sovranità popolare sia compatibile con l'esercizio unilaterale del potere amministrativo, mediante un procedimento in cui i cittadini non giocano alcun ruolo¹⁴³.

¹⁴²) "La collaborazione del cittadino alla funzione amministrativa non può non essere riconoscimento della sua individuale responsabilità e perciò, nella Società, della sua dignità" (BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 145).

¹⁴³) "La democrazia, si vuole qui ribadire, nello Stato costituzionale, non si esaurisce nel principio rappresentativo e nella legittimazione politica degli organi di indirizzo, ma si estende anche e soprattutto oltre; si riferisce, come è ovvio, anche agli apparati amministrativi, che non sono mero 'braccio', solo strumento esecutivo della maggioranza di governo, ma sono anche altro, raccordandosi per l'appunto al più generale sistema delle garanzie" (PATRONI-GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Federalismi.it*, 2009, n. 3).

In un regime democratico, l'interesse pubblico è pacificamente da intendersi come interesse dei cittadini: pertanto, non può che tradursi, oltre che nel bene della collettività individuato dalla norma attributiva del potere¹⁴⁴, anche nel bene di ogni singolo cittadino¹⁴⁵. Del resto, il costante rafforzamento della democrazia, strettamente correlato con il progresso dell'umanità, impone un corrispondente ampliamento della stessa definizione di libertà individuale: non più libertà negativa, mera protezione della persona dall'autorità, ma partecipazione dei cittadini alle scelte dei pubblici poteri¹⁴⁶.

Ne discende un corollario: se si riconosce e si tutela la posizione dei privati nel quadro delle decisioni amministrative, allora essi - pur non potendole assumere direttamente - devono poter partecipare a determinarne il contenuto¹⁴⁷. In caso contrario, l'amministrazione, detenendo il monopolio del procedimento, definirebbe in assoluta unilateralità il contenuto della decisione finale, senza

¹⁴⁴) V. la distinzione di GIANNINI tra interessi "primari" e "secondari": "*chiamiamo primario l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, secondari, per quell'autorità, gli altri interessi. Ovviamente ciò che per un'autorità è interesse primario, per un'altra è secondario*". Gli interessi secondari "*sono pubblici, collettivi e privati?*", laddove "*l'interesse primario è sempre un interesse pubblico*". La discrezionalità amministrativa "*consta di una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine a un interesse primario*" e ciò sostituisce "*ciò che potrebbe dirsi la figura tipo della discrezionalità*". (*Diritto amministrativo, op. cit.*, pp. 48-49).

¹⁴⁵) Il contraddittorio nell'esercizio della funzione amministrativa "*concorda con quella che dovrebbe essere la più alta concezione dell'amministrazione: l'agire sì al servizio della comunità, ma anche degli interessi del cittadino*" (BENVENUTI, *Funzione, op. cit.*, p. 144). Il pubblico bene "*non si realizza contro la collettività ed i suoi componenti ma nella collettività ed a favore dei suoi componenti?*" (PAPALDO, *Giustizia e pubblica amministrazione, in Scritti giuridici*, Milano, 1959, p. 133).

¹⁴⁶) "*La rivoluzione, se così si può chiamare, consiste nel capovolgimento della concezione del posto e della funzione dei cittadini nell'ambito di uno Stato che voglia essere ispirato (...) a principi di democrazia, i quali non possono ridursi al riconoscimento di posizioni giuridiche passive dei cittadini nei confronti dello Stato e quindi alla loro tutela, ma deve evolversi nel senso del riconoscimento di posizioni giuridiche attive nell'ambito delle funzioni, ciò che va sotto il nome di partecipazione*". La società supera la democrazia ottocentesca "*basata sul riconoscimento delle libertà del singolo e sulla loro protezione, e si apre al riconoscimento della libertà attiva fatta di partecipazione*". (BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, pp. 23 e 63).

¹⁴⁷) "*Se l'amministrazione non ha 'sovranità', perché svolge una funzione nell'interesse della collettività e dei singoli che la compongono, alla sua azione*", allora i cittadini "*devono partecipare*" al procedimento, "*per una ragione elementare, perché non esiste accertamento di fatto che possa avvenire in forma compiuta se ad esso non contribuiscono, in termini dialettici, tutti coloro che vi hanno interesse*" (F. SATTA, alla voce *Imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XV, p. 6). "*Con l'introduzione del procedimento, il cittadino entra (...) in un rapporto attivo con l'amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di co-determinazione: esso quindi è parte attiva del rapporto giuridico pubblico e non più soltanto parte passiva*" (BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana: linee positive e prospettive*, Padova, 1996, pp. 233-234).

che ai cittadini sia riconosciuto alcun ruolo e alcun diritto d'intervento. In altri termini, sarebbe sovrana in nome di se stessa, e non del popolo¹⁴⁸.

In una prospettiva leggermente differente, parte della dottrina giunge alle medesime conclusioni, muovendo da un presupposto fattuale: è il ruolo dei privati nella società a giustificare la partecipazione amministrativa, atteso che il procedimento è sempre più frequentemente avviato su iniziativa di parte e che il cittadino esercita una crescente influenza sul contenuto del provvedimento¹⁴⁹. Ovviamente, questa ricostruzione non autorizza a fondare la partecipazione procedimentale su una descrizione della realtà, anziché su una prescrizione giuridico-valoriale di ispirazione democratica: consentire al cittadino l'intervento nell'attività amministrativa non è necessario in quanto occorre adeguare alla realtà l'azione dell'autorità pubblica; lo è perché una diversa soluzione condurrebbe a una dimensione da Stato assoluto. Non a caso, lo stesso Autore che ha sviluppato la tesi appena descritta ha evidenziato l'esigenza di tenere ferma la distinzione fra unilateralità dell'atto e plurilateralità della funzione¹⁵⁰: se ne deduce che l'esercizio del potere pubblico non può essere messo in discussione, e - di conseguenza - che il rapporto fra amministrazione e amministrati non può essere condizionato dalla prassi.

I cittadini non possono decidere in luogo dell'autorità amministrativa. Al contempo, non possono essere esclusi dalla fase in cui la decisione si forma.

¹⁴⁸) “La pretesa di ‘monopolio amministrativo’, come lo si è detto, ha un senso, solo in quanto l’azione amministrativa sia concepita quale fatto proprio dell’amministrazione stessa o di chi ne dispone: del sovrano insomma” (ma l’amministrazione non ha “sovrani”. F. SATTI, *op. ult. cit.*, pp. 5-6).

¹⁴⁹) Non si può erigere “la normale unilateralità dell’atto ad unilateralità dell’intera azione amministrativa”, perché “la costruzione giuridica - a meno che non voglia divorziare dalla realtà - non può insistere nel negare forza determinante alla volontà dell’amministrato”, atteso che “l’emanazione e il contenuto di numerosi atti concreti procede assai spesso dalle richieste, e magari dalle imposizioni, dei privati o dei gruppi particolari, o quanto meno da complesse negoziazioni tra costoro e l’amministrazione”. (U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 248-249).

¹⁵⁰) “È necessario notare che plurilateralità della funzione non vuol dire né plurilateralità della funzione decisoria, né equiparazione dei vari soggetti partecipanti al ruolo svolto nell’amministrazione dall’autorità: in un senso ristretto ed approfondito, la funzione amministrativa è affidata esclusivamente all’autorità” (U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 249, nota 197).

Solo la partecipazione amministrativa consente di risolvere questa contraddizione. Infatti, essa permette ai cittadini di far valere i propri interessi, senza sostituire la propria volontà a quella dell'amministrazione.

La condizione necessaria per conseguire l'obiettivo è il mantenimento dell'equilibrio fra due poli. Nel momento in cui l'autorità coinvolge i privati nella propria attività, la partecipazione amministrativa conduce a un duplice risultato; "lo Stato si fa società" e "la società si fa Stato"¹⁵¹. La sfida consiste nella prevenzione di due opposti rischi. Il primo è l'attribuzione di un potere incondizionato agli interessi privati, cui conseguirebbe l'esautoramento dei pubblici poteri e il loro assoggettamento agli ordini degli interessi dominanti¹⁵². Il secondo è l'inglobamento della società civile nella sfera pubblica, nell'ottica

¹⁵¹) V. NIGRO (*Il nodo*, op. cit., p. 262). Cfr. *ibid.*, p. 230: "la partecipazione congiunge, coordina stato e società, ma per ciò stesso li distacca, o ne presuppone lo stacco e la diversità; stato e società non debbono avvicinarsi troppo per non confondersi, ma nemmeno estraniarsi l'uno dall'altra tanto che la connessione si allenti eccessivamente e il coordinamento si riduca ad una operazione puramente formale di raccordo". In altri termini, la partecipazione "supera in linea di principio il rifiuto della rappresentanza degli interessi", semplicemente "affiancando le volontà 'particolari' alla volontà 'generale'" (BETTINI, *La partecipazione amministrativa*, Milano, 1973, p. III).

In quest'ottica, Stato e società civile non si confondono fra loro - cfr. nota precedente; semmai, si compenetrano. Si tratta di un ideale ricorrente nella dottrina giuridica e filosofica; ad esempio, BAZZOCCHI (*Riconoscimento, libertà e Stato*, Pisa, 2012, pp. 54-55) parla di "compenetrazione" fra Stato e società, con riferimento al pensiero di GRAMSCI.

L'esigenza di una sintesi fra società e Stato emerge anche in virtù degli artt. 2, 18 e 118, comma 4, Cost., laddove si attribuisce alle formazioni sociali il compito di assicurare il pieno sviluppo della persona umana; in proposito, PUBUSA nota "l'immersione dello Stato nel sociale e, reciprocamente, l'esercizio, da parte di centri di riferimento comunitari, di attività per l'innanzi esclusivamente statale?" (*Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, p. 203).

¹⁵²) La dottrina francese mette in guardia dall'utilizzo della partecipazione come strumento per l'indebolimento dello Stato e della sua funzione di difesa dell'interesse generale. JEGOUZO, seppure favorevole a un rafforzamento della democrazia partecipativa, teme che essa sia connotata da una pregiudiziale antistatalista ("une conception qui repose sur une méfiance de l'État, une négation de la primauté du concept d'un intérêt général devant l'emporter sur des intérêts particuliers"), e ne conclude la necessità di mantenere l'equilibrio ("tout cela mérite que l'on y réfléchisse avant de substituer des formes nouvelles de gouvernement des hommes à celles qui ont été mis en place depuis plus d'un siècle, même s'ils doivent évoluer sous l'aiguillon de la participation"). (*Principe et idéologie de la participation*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Parigi, 2007, p. 587).

di un modello corporativo - se non totalitario¹⁵³ - in cui sparirebbe l'autonomia della sfera privata¹⁵⁴.

4 - Partecipazione e “nuova” società.

Una recente dottrina ha individuato nuovi e diversi requisiti per conferire un'effettiva legittimazione sociale all'agire dell'autorità, ponendoli in relazione con la partecipazione. Naturalmente, la partecipazione all'attività amministrativa non si sottrae a queste considerazioni.

L'assunto di partenza è la trasformazione delle relazioni umane che ha contraddistinto gli anni più recenti. Le dinamiche che caratterizzano la vita dell'uomo moderno sono oggetto di abbondanti e approfondite indagini in campo sociologico¹⁵⁵ e giuridico¹⁵⁶. Il tema qui introdotto travalica la partecipazione amministrativa, e meriterebbe una ben più ampia digressione sul rapporto fra diritto e società: l'elevata ampiezza e complessità della materia - per usare un eufemismo - induce a soprassedere: al contempo, la ricostruzione della relazione fra la partecipazione e la legittimazione sociale delle decisioni richiede alcuni cenni alla progressiva disgregazione delle reti sociali in cui il cittadino è inserito.

La tesi in esame, elaborata dalla dottrina delle scienze sociali, teorizza la trasformazione di una società fondata su classi e categorie - facilmente

¹⁵³) Non bisogna “*compromettere*” e *impoverire* la società”: “*l'ideale è che la relazione sociale trapassi dal piano della società a quello dello stato senza perdere la sua immediatezza e la sua spontaneità sociale. Se la perde, la società moderna finisce per identificare l'individuo con la funzione, una identificazione propria di certe specie di insetti come le formiche e le api*” (NIGRO, *Il nodo*, op. cit., p. 235).

¹⁵⁴) La partecipazione organica è maggiormente soggetta al verificarsi di questa eventualità, giacché riduce al minimo il ruolo del singolo individuo.

¹⁵⁵) È inevitabile rimandare a BAUMAN, *in primis* a *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2007. Nell'attuale società, “*la fuoriuscita da una condizione di infelicità può avvenire (...) solo attraverso un'operazione che i tanti che cercano la felicità affidano a se stessi*”. Se prima la ricerca della felicità “*doveva essere un'impresa collettiva*”, oggi è “*un compito totalmente privato, un'operazione da intraprendere e portare a termine in forma individuale*” (*Vita liquida*, Roma-Bari, 2006, p. 151).

¹⁵⁶) Solo per restare alla dottrina italiana, v. U. ALLEGRETTI (*Procedura, procedimento, processo*, op. e loc. cit.).

definibili e distinguibili - in una “società del particolarismo”: da un lato, la dimensione individuale prevale rispetto a quella comunitaria; dall’altro, si formano nuove, e diverse, categorie e identità sociali¹⁵⁷. Se ne deduce l’insufficienza di una democrazia “polarizzata” attorno alle istituzioni elettive e la conseguente urgenza di “decentrare” le procedure democratiche, premesso che la democrazia rappresentativa comporta già - fisiologicamente - una distanza fra governanti e governati; ne deriva altresì la necessità di ridefinire le nozioni di “uguaglianza”, “rappresentanza” e “generalità”¹⁵⁸. Secondo questa ricostruzione, i poteri pubblici non possono dirsi pienamente “legittimati” nell’attuale società, se non orientano la propria azione secondo il rispetto di alcuni principi. Si teorizza l’esistenza di una “legittimità di imparzialità”¹⁵⁹ e di una “legittimità di prossimità”¹⁶⁰.

¹⁵⁷) “*Cette nouvelle économie est liée à l’émergence d’une société de la particularité. Mais il ne faut pas comprendre celle-ci sur le mode réducteur d’un passage du collectif à l’individuel (...) Ce qu’on pourrait appeler la fin des statuts, des positions ou des classes productives d’autres modalités de constitution du lien social et de l’identité*” (ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, Parigi, 2008, pp. 107-108).

¹⁵⁸) “*L’histoire de la démocratie avait été pendant deux siècles celle d’une polarisation. Tout était longtemps passé comme si la volonté générale n’avait pu prendre forme et force qu’en étant concentrée en un foyer central articulé autour du moment électoral (...) Une logique de dissémination, de diffraction et de démultiplication se substitue au mouvement précédent de concentration. La généralité, l’égalité et la représentation prennent dorénavant des formes qui se diversifient et se superposent pour s’accomplir (...) Au lieu de chercher à prolonger entre gouvernés et gouvernant le lien électoral d’identification, il convient plutôt de donner une forme démocratique à une distance reconnue dans sa nécessité fonctionnelle*” (ROSANVALLON, *op. ult. cit.*, pp. 347-349). Evidentemente, la revisione della nozione di “generalità” comporta che si proceda ad analoga operazione per la nozione di “legittimità democratica”, la quale si fonda, appunto, sull’espressione di una volontà “generale”.

¹⁵⁹) La “generalità” dell’interesse pubblico è così intesa in funzione della sua estraneità a ogni interesse privato: “*La qualité de généralité d’une institution est constituée (...) par le fait que personne ne peut se l’approprier. C’est une généralité négative*”. L’istituzione che rispetta l’interesse generale soddisfacendo il requisito dell’imparzialità è investita da una *légitimité d’impartialité*. (ROSANVALLON, *op. ult. cit.*, pp. 17-18). L’emergere di un interesse generale inteso come “generalità negativa” induce a riconsiderare lo stesso principio di uguaglianza: “*dans un monde plus individualisé*” la generalità negativa “*consonne d’abord avec l’aspiration des citoyens à un traitement équitable de chacun, fondé sur le refus des discriminations autant que des traitements de faveur*” (*ibid.*, pp. 156-157).

¹⁶⁰) La realizzazione di una “generalità sociale” della quale esprimere la volontà e perseguire l’interesse richiede “*une immersion radicale dans le monde de la particularité, marquée par le souci des individus concrets (...) la généralité est définie par un projet de prise en compte de la totalité des situations existantes, par l’étendue d’un champ d’attention (...) C’est une généralité d’attention à la particularité*”. Il potere pubblico deve porsi questo obiettivo per acquisire una *légitimité de proximité*. (ROSANVALLON, *op. ult. cit.*, pp. 17-18). Cfr. la “funzione cognitiva” della democrazia deliberativa secondo GIANNETTI (*Modelli e pratiche della democrazia deliberativa*”, in *Strumenti della democrazia*, a cura di PASQUINO, Bologna, p. 126).

L'imparzialità dell'autorità pubblica assume una rilevanza ancora maggiore in un mondo caratterizzato dall'individualismo, e il progressivo rafforzamento dei gruppi di pressione che rappresentano taluni interessi particolari non può che accrescere la domanda di uguaglianza fra i cittadini.

Inoltre, i fenomeni sociali appena descritti incidono sul buon andamento della sua azione. L'interesse generale non può essere soddisfatto se l'autorità preposta al suo perseguimento non conosce, in concreto, le molteplici dinamiche che contraddistinguono la società. Dal canto suo, la riscossa dei particolarismi - che a sua volta innesca, per reazione, il proliferare di movimenti sociali antagonisti¹⁶¹ - rappresenta un potenziale ostacolo all'assunzione di decisioni nell'interesse generale¹⁶².

Se le posizioni soggettive di ogni persona non sono più facilmente riconducibili a interessi collettivi o di categoria, e se una società individualista fa sì che le persone lontane dai centri di potere si trovino in condizione di alienazione o - peggio - di emarginazione, allora si sviluppa in ogni cittadino il bisogno di sottoporre la propria situazione all'autorità pubblica, in modo che questo sia in grado di comprendere le sue ragioni e, se del caso, fornire soluzioni adeguate: ne deriva che le decisioni pubbliche acquistano una legittimazione sociale solo se tengono dovutamente in conto le istanze di ogni cittadino¹⁶³.

Pertanto, le considerazioni appena svolte consentono di scorgere l'esistenza di un nesso fra la legittimazione sociale di una decisione pubblica, la partecipazione alla sua formazione e - per tornare all'argomento di questa

¹⁶¹) *“Les gouvernants ont également besoin d'organiser des circuits plus développés de collecte de l'information pour faciliter la prise de décision dans un univers où se multiplient les possibilités de blocage”* (ROSANVALLON, *La légitimité*, op. cit., p. 324). Cfr. la “funzione legittimante” della democrazia deliberativa secondo GIANNETTI (op. e loc. ult. cit.).

¹⁶²) *“Les sociétés contemporaines sont à cet égard saturées de particularité et de plus en plus divisées (...) Le poids des intérêts spéciaux et des groupes de pression s'en trouve structurellement accru. Pour les encadrer et limiter leur emprise toujours plus menaçante, la stratégie la plus efficace est dorénavant d'ériger des instances gardiennes de la généralité négative”* (ROSANVALLON, op. ult. cit., p. 157).

¹⁶³) *“L'oubli, l'indifférence, le mépris, la relégation sont ainsi devenus les expressions contemporaines (...) de l'aliénation et de la domination (...) L'émancipation commence du même coup avec le sentiment d'être écouté, de voir de vies ressemblant à la sienne compter socialement”. “L'égalité, dans ce contexte, n'est en effet plus seulement appréhendée dans son lien avec des mécanismes d'inclusion dans des systèmes collectifs (comme au temps de la conquête du suffrage universel); elle est également perçue comme la possibilité de faire prendre en compte la particularité de sa situation, de voir appréciée celle-ci dans toutes ses dimensions”* (ROSANVALLON, op. ult. cit., pp. 297 e 157).

indagine - i principi generali che, anche secondo la Costituzione italiana, devono guidare l'azione amministrativa: imparzialità e buon andamento.

Resta da verificare se questo nesso discende esclusivamente dalle nuove caratteristiche della società, o se, al contrario, sussiste indipendentemente dal contesto sociale di riferimento.

La seconda ipotesi è quella più plausibile. Se una decisione è "legittima" solo nella misura in cui l'autorità che la assume svolge una funzione finalizzata all'interesse generale, allora l'autorità deve sempre e comunque osservare il principio di imparzialità - questa asserzione, in verità, non è semplicemente "corretta": è tautologica - e deve sempre e comunque conoscere la realtà nella quale è chiamata ad agire. Del resto, l'incapacità del potere pubblico nel prendere atto dei processi sociali e nel gestirli mette a rischio non solo la sua legittimazione in senso sociologico, bensì direttamente la sua possibilità di governare: e, anzi, la sua stessa sopravvivenza¹⁶⁴.

La dottrina giuridica italiana ha sempre evidenziato l'esistenza di una correlazione fra l'imparzialità dell'amministrazione, il buon andamento della sua azione e l'intervento del cittadino nelle sue scelte: in definitiva, c'è una stretta connessione fra la partecipazione amministrativa e alcuni dei principi generali enunciati dalla Costituzione italiana¹⁶⁵.

¹⁶⁴) Lo stesso ROSANVALLON cita GUIZOT. "*Les vrais moyens de gouvernement ne sont pas dans ces instruments directs et visible de l'action du pouvoir. Ils résident au sein de la société elle-même et ne peuvent en être séparés. Il est vain de prétendre la régir par des forces extérieures à ses forces*" (*Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, Parigi, 1821, p. 130).

¹⁶⁵) "L'ampia partecipazione, il complesso intrecciarsi degli interessi e dei fatti, l'attività istruttoria che arricchiscono e vitalizzano il procedimento servono non solo a garantire la più scrupolosa imparzialità, ma a render possibile la scelta più adeguata" (NIGRO, relazione introduttiva al convegno "Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione", Taormina-Messina, 25-26 febbraio 1988, in F. TRIMARCHI, Milano, 1990).

III - La partecipazione amministrativa in Italia.

1 - Partecipazione amministrativa e Costituzione.

La Costituzione italiana non menziona apertamente la partecipazione all'attività amministrativa. Sotto questo profilo, la Costituzione italiana si differenzia non solo rispetto alla Costituzione degli Stati Uniti d'America e alla *due process clause* in essa contenuta, ma anche con riguardo alle Costituzioni di due Paesi europei, approvate - come quella italiana - all'immediato indomani di una dittatura: in Spagna e Grecia, il diritto dei privati interessati a intervenire nel procedimento amministrativo trova una puntuale copertura costituzionale¹⁶⁶.

Tuttavia, com'è noto, la Costituzione contiene un riferimento espresso alla partecipazione in uno dei suoi principi fondamentali.

“È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono (...) l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Questo richiamo compare già nel progetto preliminare di Costituzione, approvato da una Commissione istituita in seno all'Assemblea Costituente e ripartita in tre Sottocommissioni; il progetto, redatto dalle Sottocommissioni, fu sottoposto al parere della Commissione in seduta plenaria e, successivamente, all'Assemblea.

In primo luogo, la I Sottocommissione individuò nella partecipazione una delle condizioni indispensabili per esercitare i diritti di libertà e per *“perfezionare la*

¹⁶⁶) *“La legge disciplinerà: a. la presenza dei cittadini direttamente o attraverso le organizzazioni e associazioni riconosciute dalla legge, nel procedimento di elaborazione delle disposizioni amministrative che li concernono; (...) c. il procedimento attraverso cui devono adottarsi gli atti amministrativi assicurando, quando necessario, la partecipazione dell'interessato”* (art. 105 Cost. spagnola).

“Il diritto della persona interessata ad una audizione preliminare si applica ugualmente a tutti gli atti o le misure amministrative assunti, a detrimento dei suoi diritti e dei suoi interessi” (art. 20, comma 2, Cost. greca).

persona umana”, e approvò un articolo ispirato a questo principio¹⁶⁷; tuttavia, tale articolo non fu incluso nel Progetto di Costituzione.

Successivamente, la stessa Sottocommissione affermò che la “*partecipazione concreta*” del lavoro negli “*organismi politici, economici e sociali*” costituisce il “*fondamento*” della democrazia. L’articolo approvato dalla Sottocommissione che conteneva questa enunciazione - e che, inizialmente, costituiva la premessa alla disciplina dei rapporti sociali ed economici¹⁶⁸ - fu incluso nel primo articolo del Progetto di Costituzione¹⁶⁹. Pertanto, la partecipazione fu annoverata fra i principi generali dell’ordinamento repubblicano.

Durante il dibattito in Assemblea, l’art. 1 del Progetto fu emendato: fu espunto il riferimento alla partecipazione, che, in seguito, fu riproposto - secondo la medesima formulazione - nell’art. 3, comma 2. L’Assemblea ritenne opportuna l’approvazione di due norme distinte, una - l’art. 1 - per elencare gli elementi costitutivi della Repubblica, e l’altra - l’art. 3 - per identificarne la “missione storica”, indicando con certezza i risultati concreti che questa avrebbe dovuto

¹⁶⁷) “*Tutte le libertà garantite dalla presente Costituzione devono essere esercitate per il perfezionamento della persona umana, in armonia con le esigenze della solidarietà sociale ed in modo da permettere l’incremento del regime democratico, mediante la sempre più attiva e cosciente partecipazione di tutti alla gestione della cosa pubblica*” (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, articolo approvato nella seduta del 2 ottobre 1946).

Nel dibattito, il deputato DE VITA enfatizzò il significato vago della “partecipazione” - “*la partecipazione della cosa pubblica può attuarsi in modi diversi che vanno dalla democrazia diretta sino alle forme del collettivismo*” - e propose di abbandonare l’articolo; viceversa, a parere di CORSANEGO, l’articolo conteneva “*il concetto, per cui la nostra Costituzione deve essere orientata in modo che il popolo a poco a poco partecipi sempre più e sempre meglio alla gestione della cosa pubblica allo scopo di incrementare il regime democratico*”. Nella seduta pomeridiana del 19 dicembre 1946, TUPINI, Presidente della I Sottocommissione, propose che l’articolo fosse inviato al Comitato di coordinamento, e così rimase stabilito.

¹⁶⁸) “*Il lavoro e la sua partecipazione concreta negli organismi economici, sociali e politici, è il fondamento della democrazia italiana*”. (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, articolo approvato nella seduta del 18 ottobre 1946. Nella seduta del 28 novembre 1946, TUPINI fece presente che, in sede di coordinamento, l’articolo era stato così modificato: “*La Repubblica democratica italiana ha per suo fondamento il lavoro e la partecipazione concreta di tutti i lavoratori alla organizzazione economica, sociale e politica del Paese*”; nella stessa seduta, fu definitivamente approvato, nella seguente formulazione: “*Lo Stato italiano è una Repubblica democratica. Essa ha per suo fondamento il lavoro e la partecipazione concreta di tutti i lavoratori alla organizzazione economica, sociale e politica del Paese*”).

¹⁶⁹) “*La Repubblica italiana ha per fondamento il lavoro e la partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese*” (art. 1, comma 2, Progetto di Costituzione).

conseguire, al fine di adeguare la realtà sociale della Nazione ai principi ideali condivisi dall'Assemblea costituente¹⁷⁰.

In sintesi, la Repubblica deve agire perché tutti i lavoratori possano partecipare alle scelte che condizionano la politica e l'economia nazionale. Resta da verificare se da questa disposizione deriva - anche - l'obbligo di garantire la partecipazione popolare all'attività amministrativa.

La "partecipazione" richiamata dalla Costituzione non è stata definita con esattezza, né all'interno dell'art. 3, né durante il dibattito che ne ha preceduto l'approvazione. Ne deriva che il suo significato non può che essere ricavato in via indiretta, a partire dalle opinioni che i Costituenti hanno espresso sul tema.

Il Presidente della Commissione per la Costituzione intravvide nella partecipazione lo strumento necessario a realizzare i diritti dei lavoratori¹⁷¹. La dottrina ne deduce che la partecipazione costituisce, al contempo, mezzo e fine dell'azione della Repubblica¹⁷²; la partecipazione dei lavoratori deve essere

¹⁷⁰) "Noi abbiamo già motivato questo spostamento allorché si trattava di omettere questa particolare formulazione nell'articolo primo; ma non è forse inutile precisare qui il valore che ha per noi tale spostamento. Invece che ammettere questa effettiva partecipazione come una realtà di fatto, come una conquista già raggiunta, noi riteniamo che essa debba risultare qui attraverso un'argomentazione e che debba essere posta tra quei compiti della Repubblica che, pur non corrispondendo a situazioni attuali o immediatamente realizzabili, sono però nelle prospettive della sua azione politica, di tutto un rinnovamento istituzionale e politico della vita sociale ed economica del nostro Paese" (LACONI, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, presentazione dell'emendamento all'art. 3).

¹⁷¹) "Si è quindi affermato, che l'organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica ha per fondamento essenziale - con la partecipazione effettiva di tutti i lavoratori - il lavoro (...). La costituzione italiana ha, come vedemmo, due note fondamentali: lo sviluppo della personalità e la partecipazione di tutti i lavoratori alla gestione della società. Dalla prima deriva la liberazione dell'uomo dal bisogno (...). Da tutte due insieme l'esigenza di ordinamenti democratici anche nel campo dell'economia. Non vi può essere nessun pavido scrupolo che, un secolo e mezzo dopo i 'diritti dell'uomo e del cittadino', siano dichiarati i 'diritti del lavoratore'" (RUINI, Relazione al Progetto di Costituzione, presentata alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947. Analogamente, in un intervento in Assemblea - seduta del 5 marzo 1947 - LACONI individuerà nella partecipazione dei lavoratori la garanzia che i loro diritti, sanciti dalla Costituzione, "verranno tradotti in realtà").

¹⁷²) "Da un lato non v'è dubbio che la norma veda la partecipazione come il risultato globale del corretto e completo funzionamento del sistema istituzionale; dall'altro, fra gli strumenti utilizzabili dalla Repubblica per la rimozione" delle disuguaglianze "rientrano anche l'impiego e/o l'istituzione di appropriati canali partecipativi" (RIZZA, *La partecipazione popolare*, op. cit., p. 863).

assicurata in quanto - di per sé - costituisce un valore¹⁷³, e - in più - deve essere assicurata affinché sia effettivamente raggiunta l'uguaglianza sostanziale fra tutti i cittadini¹⁷⁴. Questa conclusione contribuisce a chiarire la nozione costituzionale di "partecipazione"; tuttavia, non consente di individuare quali siano, nel concreto, quelle attività funzionali alla "organizzazione politica, economica e sociale del Paese" cui tutti i lavoratori devono poter partecipare. Il tenore letterale della disposizione mostra che essa mira a rendere effettiva la partecipazione alla "organizzazione politica", senza ulteriori specificazioni.

Dal canto suo, la I Sottocommissione evidenziò chiaramente l'esistenza di un legame fra partecipazione e democrazia, intendendo i due principi come sinonimi¹⁷⁵. Nel dibattito in Assemblea, ci fu chi esaltò la partecipazione, affermando che essa costituisse un fattore di cambiamento nel rapporto fra autorità e cittadino, non più visti come soggetti contrapposti e separati: i cittadini, e non

¹⁷³) "La 'partecipazione' non è nella dichiarazione costituzionale un mezzo, ma è il fine ultimo cui tende il processo storico di eliminazione degli ostacoli" (SIMI, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, a cura di RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, Padova, 1971, vol. I, p. 154).

¹⁷⁴) Se la Repubblica deve consentire a tutti i lavoratori la partecipazione effettiva alla vita pubblica, allora "una partecipazione 'effettiva' non è che il sinonimo della eguaglianza sostanziale ed insieme il veicolo istituzionale finalizzato per il superamento delle diseguaglianze". (M. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, op. cit., p. 134). "Quando si afferma che i lavoratori devono poter partecipare effettivamente all'organizzazione politica, sociale ed economica del Paese non si intende soltanto che essi non ne siano impediti, ma che siano messi" (cita CALAMANDREI) "in condizione di potersi valere anche di fatto di quelle libertà politiche che di diritto sono proclamate come uguali per tutti" (ROMAGNOLI, *Art. 3 - II. Il principio di uguaglianza sostanziale*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA poi PIZZORUSSO, op. cit., p. 179).

Ibid. (p. 180) si rileva che il diritto di partecipare all'organizzazione sociale spetta a ogni singolo lavoratore, senza che la sua volontà sia mediata dagli enti che lo rappresentano ("la pretesa di ritrovare nel 2° comma dell'art. in questione (...) una impalcatura legislativa mirante ad introdurre, a getto continuo, sindacalisti nelle piccole stanze dei bottoni (...) serve nel migliore dei casi a sbagliare"; diversamente, si chiuderebbero "gli spazi di contro-potere occupati od occupabili da forze diverse nascenti dal basso"); al contempo, come asserisce RIZZA, "sarebbe riduttiva una concezione che restringesse la partecipazione ai soli cittadini uti singuli, sottraendole così fra l'altro l'efficacia ed il peso dell'agire organizzato" (v. op. ult. cit. p. 865).

¹⁷⁵) L'articolo approvato dalla I Sottocommissione nella seduta del 18 ottobre 1946 fu proposto da LA PIRA, il quale, secondo il resoconto di quella seduta, "ha voluto esprimere due concetti: il primo, che il lavoro è il fondamento degli organismi economici sociali e politici; il secondo, che il lavoratore è compartecipe consapevole di tutto il congegno economico sociale e politico, e quindi che la concezione che anima i suddetti organismi deve essere ispirata ai principi democratici".

BASSO votò contro l'emendamento che stralciò dall'art. 1 il richiamo alla "partecipazione", asserendo che "se questa partecipazione non si realizza e nella misura in cui non si realizza, non si realizza neppure la democrazia; ossia l'articolo 1 resta un puro flatus vocis" (Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 22 marzo 1947).

l'autorità, sono il fondamento della Repubblica, a condizione che essi svolgano un ruolo attivo nella vita pubblica e, dunque, si assumano una responsabilità¹⁷⁶. Questi elementi potrebbero indurre a un'interpretazione estensiva del principio partecipativo di cui all'art. 3, comma 2, secondo la quale il cittadino avrebbe il diritto di prendere parte attiva¹⁷⁷ in tutte le attività dei pubblici poteri, ivi compresa l'azione della pubblica amministrazione: lo imporrebbe il principio democratico. Una simile ricostruzione non farebbe che confermare le considerazioni svolte nel precedente capitolo, in ordine al nesso fra partecipazione e sovranità popolare; non casualmente - come si è già evidenziato - il richiamo alla partecipazione era contenuto nell'art. 1 del Progetto di Costituzione. Buona parte della dottrina aderisce pienamente a questa lettura¹⁷⁸: secondo alcuni autori, la Costituzione - nel momento in cui associa tutti i lavoratori all'esercizio del potere - conferisce un preciso connotato alla democrazia italiana, ispirandola anche al modello partecipativo, oltre che a quello rappresentativo¹⁷⁹; altri, conseguentemente, si spingono a

¹⁷⁶) “Oggi non concepiamo più l'uomo come individuo contrapposto allo Stato, ma, al contrario, concepiamo l'individuo solo come membro della società, in quanto centro di rapporti sociali, in quanto partecipe della vita associata. (...) Perché noi non facciamo, e non vogliamo fare, una Repubblica di individui, ma vogliamo fare non una Repubblica di individui astratti, una Repubblica di cittadini che abbiano solo una unità giuridica, vogliamo fare la Repubblica, lo Stato in cui ciascuno partecipi attivamente per la propria opera, per la propria partecipazione effettiva, alla vita di tutti” (BASSO, *Assemblea Costituente*, seduta del 6 marzo 1947).

¹⁷⁷) Cfr. M. CHITI: “pare evidente che nel caso della partecipazione non si tratta affatto di garantire negativamente una sfera di riservato dominio nei confronti dello Stato, ma al contrario di vedersi garantita la possibilità di un'azione positiva diretta ad influenzare sia la sfera economica che quella politica” (*Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, op. cit., p. 170).

¹⁷⁸) Sebbene la reale portata normativa dell'art. 3 Cost. sia oggetto di ampio dibattito (si rinvia alle citazioni contenute in RIZZA, *La partecipazione popolare*, op. cit., p. 860, nota n. 13), c'è chi sostiene che la partecipazione del cittadino sia non solo “un principio ‘oggettivo’ che regge i procedimenti di decisione politica e amministrativa, ma altresì come (...) un vero e proprio ‘diritto soggettivo’, nella forma di un diritto individuale fondamentale”; più esattamente, di un “diritto politico” (U. ALLEGRETTI, *Basi teoriche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 2006, n. 3, p. 154).

¹⁷⁹) Premesso che per ZAMPETTI l'assetto della democrazia partecipativa “pare incluso nella seconda parte dell'art. 3” (L'art. 3, op. cit., p. 190), in virtù del quale “si può qualificare la ‘Repubblica democratica’ come una democrazia partecipativa” (M. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, op. cit., p. 132).

Cfr. ATRIPALDI: qualificando la partecipazione come “effettiva”, il Costituente “si prefigge di tutelare la posizione del lavoratore in tutti i processi decisionali, quelli sociali, economici e politici del Paese”; la democrazia rappresentativa “nella Costituzione italiana del 1948 è articolata in una serie di istituti previsti per rendere i processi decisionali sempre più vicini ed aperti alla volontà dei

qualificare la Repubblica italiana come una combinazione di democrazia partecipativa, rappresentativa e diretta¹⁸⁰.

Questa conclusione non è pacifica¹⁸¹, sebbene goda di un robusto consenso dottrinale. In effetti, i Costituenti - negli interventi sopra riportati - si sono limitati a una generica allusione. Nel dibattito in Assemblea Costituente - benché sia stato messo in rilievo il vincolo che unisce la partecipazione di cui all'art. 3 e il principio democratico - non compare alcuna affermazione espressa in merito all'ambito di applicazione del principio partecipativo, né, tantomeno, in ordine alla partecipazione amministrativa¹⁸².

La Costituzione valorizza soltanto tre forme di partecipazione politica¹⁸³: i cittadini hanno l'iniziativa legislativa, hanno il diritto di rivolgere petizioni alle Camere e possono determinare la politica nazionale associandosi in partiti¹⁸⁴.

consociati?. (Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della Costituzione, in *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, Esi, 1974, p. 24).

¹⁸⁰) VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, ne *Le regole*, op. cit., pp. 13-14.

¹⁸¹) Secondo alcuni autori, dall'art. 3 non discende un "principio di partecipazione", e anzi - addirittura - si nega l'esistenza di una connessione fra partecipazione e sovranità popolare. L'enunciazione ex art. 3 Cost. "non sembra calzante" col principio di partecipazione, perché "la norma costituzionale si collega alla realizzazione effettiva della uguaglianza e della libertà"; si dubita altresì che la partecipazione possa "derivarsi da altri principi fondamentali da quello della sovranità popolare a quello della democrazia" (AMORTH, introduzione a AA.VV., *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, op. cit., p. 61).

¹⁸²) Lo rileva anche SAVIGNANO: "coloro che si sono occupati del problema non hanno tenuto in alcun conto la lettera della norma e si sono preoccupati soprattutto dell'uguaglianza sostanziale sanzionata nel primo comma, alla cui luce unicamente hanno considerato il principio partecipativo contenuto nel secondo comma. Per questa via si sono conseguiti risultati indubbiamente apprezzabili (...) ma che hanno poco, se non nulla, a che vedere con la disposizione costituzionale di cui si discute. (...) Nessun freno è possibile mettere, in assenza di un esatto ancoraggio normativo, a quelle interpretazioni del principio partecipativo che appaiono, se non arbitrarie o azzardate, quanto meno assai opinabili. (...) Non a caso, si è osservato che il termine partecipazione usato dal Costituente è un neologismo e che non vi è stato alcun serio tentativo di acclararne dettagliatamente il significato in relazione alle varie ipotesi adombrate dal testo costituzionale" (*La partecipazione*, op. cit., pp. 13-14 e 54).

Cfr. U. ALLEGRETTI: vero che, se pure "dalla Carta costituzionale è desumibile senz'altro un impianto positivo del problema partecipativo, è difficile disconoscere che essa non è stata del tutto consapevole né del tutto esplicita nell'identificare le conseguenze di siffatti principi per ogni ramo di attività e di organizzazione statale e sociale"; tuttavia, "bisognerebbe ammettere (...) che esigenze profonde come quelle" insite in tali principi non potessero essere percepite, "nell'epoca fondativa dell'ordinamento a loro ispirato", con la stessa ricchezza di oggi. (*Basi teoriche*, op. cit., p. 155).

¹⁸³) Si aggiunge la partecipazione organica delle categorie produttive all'attività delle Camere e del Governo, in seno al CNEL (art. 99 Cost.).

Inoltre, com'è noto, devono essere sentite le popolazioni interessate - tramite *referendum* - per approvare la fusione fra Regioni esistenti o la creazione di nuove Regioni (art. 132, comma 1, Cost.), nonché per consentire che talune Province e Comuni si stacchino da una

Nel precedente capitolo, si è asserito che la partecipazione amministrativa rappresenta una diretta e logica conseguenza del principio di sovranità popolare, solennemente enunciato dal primo articolo della Costituzione. Autorevole dottrina si è più volte espressa in tal senso¹⁸⁵.

Non si intende contraddire questo assunto. Al contempo, non si può sostenere con certezza che la partecipazione amministrativa trovi un solido fondamento costituzionale nell'art. 3.

Stante la scarsità di indicazioni ricavabili dal dibattito in Assemblea Costituente, non è chiaro in cosa consista la “organizzazione politica del Paese”, alla quale i lavoratori hanno diritto di partecipare. In astratto, questa formula potrebbe

Regione per aggregarsi a un'altra (art. 132, comma 2, Cost.). È incerto se il *referendum* in questione costituisca una manifestazione di democrazia partecipativa o diretta: “*l'esito positivo del referendum, avente carattere meramente consultivo, sicuramente non vincola il legislatore statale alla cui discrezionalità compete di determinare l'effetto di distacco-aggregazione*” (Corte Costituzionale, sentenza 28 ottobre-10 novembre 2004, n. 334), ma, qualora la proposta in oggetto “*non sia approvata, non può essere rinnovata prima che siano trascorsi cinque anni*” (art. 45, ultimo comma, legge 25 maggio 1970, n. 352, e successive modifiche). Analoga consultazione deve avvenire qualora la Regione intenda approvare una legge per istituire nuovi Comuni ovvero per modificare il territorio o la denominazione di quelli già esistenti (art. 133, comma 2, Cost.).

Solo per scrupolo si riportano le altre disposizioni costituzionali in tema di partecipazione economica (art. 46 Cost., in tema di cogestione delle aziende) e la partecipazione all'amministrazione della giustizia (artt. 102, commi 2 e 3, e 108 Cost.).

¹⁸⁴) L'Assemblea Costituente non ha mancato di mettere in luce l'importanza dei partiti per la partecipazione dei cittadini e per l'esercizio della sovranità popolare. “*Nel popolo, quindi, e nei partiti in cui il popolo si organizza, risiede la sostanza del potere politico (...) io credo che tutti i difetti del parlamentarismo scompaiano man mano che i partiti avanzano*” (LACONI, Assemblea Costituente, seduta del 5 marzo 1947). “*Oggi il cittadino che deve occuparsi di politica, che vuole veramente partecipare all'esercizio della sovranità popolare, lo può fare ogni giorno, perché attraverso la vita del suo Partito (...) egli è in grado di controllare giorno per giorno, d'influire giorno per giorno sull'orientamento, politico del suo partito e, attraverso questo, sull'orientamento politico del Parlamento e del Governo (...) i partiti di massa sono veramente oggi la più alta espressione della democrazia*” (BASSO, Assemblea Costituente, seduta del 6 marzo 1947).

¹⁸⁵) “*Io penso, in particolare, che anche nell'ordinamento costituzionale occorra rendere attuale il precetto costituzionale secondo cui la sovranità appartiene al popolo e tutti i cittadini devono poter effettivamente partecipare all'organizzazione del Paese. Limitare questo principio al solo campo del diritto costituzionale sarebbe un non senso*” (BENVENUTI, introduzione a *La procedura amministrativa*, op. cit. p. 558). “*Per effetto della medesima Costituzione, mutano, in consonanza coi principi del nuovo ordinamento democratico, tutte le condizioni del contesto istituzionale in cui veniva ad operare l'azione amministrativa così qualificata*”; così, mutano “*le posizioni riconosciute ai cittadini singoli e associati, che appaiono investiti non solo della contitolarità popolare dei poteri pubblici, ma altresì di un insieme di posizioni di carattere non più (o non più solo) oppositivo, bensì pretensivo nei confronti dello svolgimento dell'amministrazione*” (PASTORI, *Considerazioni introduttive a La disciplina generale del procedimento amministrativo - Contributi alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1989, p. 34).

ricomprendere l'intera attività dei pubblici poteri: perciò, non è da escludere che vi rientri l'azione amministrativa. Tuttavia, poiché le petizioni alle Camere e i partiti politici sono i soli strumenti partecipativi disciplinati dalla Costituzione - almeno con riguardo alle decisioni pubbliche di natura politica - si può ipotizzare che l'art. 3 non riconosca altro se non il diritto di tutti i lavoratori a intervenire nelle scelte degli organi rappresentativi¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Secondo quanto riporta SAVIGNANO (*La partecipazione politica, op. cit.*, p. 35), nel corso del dibattito interno alla II Sottocommissione - incaricata di redigere le proposte relative all'ordinamento costituzionale dello Stato - "si disse esplicitamente che, se si voleva che il popolo fosse la fonte permanente dell'intero ordinamento e alimentasse durevolmente l'azione politica dello Stato, l'apparato pubblico non doveva riposare su di un generico atto elettivo né la sovranità doveva risolversi nella preposizione alle cariche dei titolari degli organi costituzionali. Per non privare il popolo di ogni potere decisionale e per non svuotare di contenuto la partecipazione popolare, in altre parole, bisognava necessariamente apportare dei correttivi alla rappresentanza politica o inventare istituti all'uopo più rispondenti?". Sennonché, si scelse di propendere "per l'esaltazione dei partiti medesimi quali unici, autentici strumenti di democrazia". Questa conclusione, in sé, può anche non contrastare con la valorizzazione della partecipazione, intesa come insieme di pratiche aggiuntive e distinte rispetto al regime rappresentativo; semplicemente, l'indirizzo dell'Assemblea Costituente sembra porre le pratiche partecipative su un piano diseguale, attribuendo ai partiti politici la maggiore rilevanza.

Se ne deduce (pp. 52-53) che "l'istanza partecipativa (...) si risolveva in una pura affermazione di principio svuotata di concreto contenuto. (...) Il pieno ed assoluto convincimento della (...) impossibilità di assicurare la partecipazione politica dei cittadini se non per il tramite dei partiti fu l'esito finale del dibattito che in materia si ebbe nell'Assemblea Costituente (...) Ancora di recente, del resto, nonostante le critiche rivolte ai partiti e le innovazioni legislative intervenute in tema di partecipazione, si è confermato (...) che il popolo non può esercitare la sovranità se non a mezzo dei partiti". A questo proposito, allude a un'opinione espressa da BASSO, che in Assemblea Costituente era stato deputato: "all'infuori dei partiti non si è ancora trovato nessun organismo che possa adempiere a questa fondamentale funzione di una democrazia, di offrire al sovrano collettivo che è il popolo uno strumento per potere ogni giorno intervenire nel concorrere alla formazione della politica nazionale" (da *Stato e cittadino, in 1945-1975 Italia. Fascismo antifascismo Resistenza rinnovamento*, Milano, 1975, p. 414).

Addirittura, D. AMIRANTE vede proprio nell'impianto complessivo della Costituzione un freno all'ampliamento della partecipazione popolare alle scelte collettive. "La Constitution du 1948 semble être à la base de cette méfiance de l'ordre italien quant à la participation du public aux décisions politiques, puisqu'en refusant catégoriquement toute forme de 'populisme' qui puisse ramener aux méthodes de la légitimation du pouvoir appartenant à l'ordre fasciste, elle s'appuie sur la mise en valeur des institutions de la démocratie représentative, des partis politiques et des formations intermédiaires (...) Dans ce contexte, les procédures participatives sont restrictives et se réduisent en outre au traditionnel droit de pétition et à l'initiative législative populaire" (*L'avancée prudente de la participation en Italie, ne La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, a cura di HOSTIOU-STRUILLOU per Gridauh, Parigi, 2006, quaderno n. 17, p. 144).

Tutto ciò non comporta che la partecipazione amministrativa sia estranea ai principi costituzionali¹⁸⁷. Del resto, prima che il dibattito in Assemblea Costituente iniziasse, la Commissione di studi nominata dal Ministero per la Costituente auspicò un ampliamento del principio partecipativo, tale da determinare il diritto del cittadino a intervenire nell'azione amministrativa¹⁸⁸; una posizione analoga si rinviene nella relazione al Progetto di Costituzione, sebbene queste considerazioni siano state formulate con esclusivo riferimento all'ordinamento degli enti locali¹⁸⁹.

Soprattutto, si ribadisce che l'intervento dei cittadini nella funzione amministrativa soddisfa l'esigenza di assicurarne l'imparzialità e il buon andamento; dunque, consente di raggiungere gli obiettivi stabiliti dall'art. 97¹⁹⁰.

I seguenti paragrafi illustreranno il nesso che unisce i principi costituzionali con la partecipazione amministrativa, in virtù delle tre diverse funzioni che la

¹⁸⁷) Lo afferma lo stesso SAVIGNANO. *“Alla luce delle risultanze e degli avvenimenti che si sono nel frattempo verificati (...) bisogna procedere alla reinterpretazione del principio partecipativo enunciato dal Costituente. Lo consente, del resto, se addirittura non lo impone, la stessa lettera della disposizione costituzionale”* (op. ult. cit., p. 54).

¹⁸⁸) *“Il principio democratico, secondo il quale i cittadini debbono partecipare attivamente all'esercizio delle funzioni pubbliche, trova bensì le sue principali applicazioni nella formazione elettiva della rappresentanza politica e negli organi rappresentativi degli enti locali; ma non può esaurirsi in tali applicazioni?”*; occorre *“che altre istituzioni vengano introdotte”* per *“sviluppare lo spirito democratico, eccitando l'interesse del cittadino a una partecipazione alla vita pubblica non limitata al momento dell'investitura dei poteri pubblici (...) ma estesa piuttosto alla quotidiana azione dei poteri medesimi (...) Appare da ciò evidente l'importanza costituzionale del problema, di assicurare cioè (...) la partecipazione diretta del cittadino alle funzioni amministrative, e specialmente nell'ambito degli enti locali ove la ristrettezza degli interessi collettivi (...) ne facilita l'immediata percezione come propri da parte del cittadino medesimo”*. (Relazione all'Assemblea Costituente della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, Roma, Ministero per la Costituente, 1946, p. 393). Dunque, in questo caso, è la Commissione ministeriale - non l'Assemblea costituente in sé - a sottolineare la funzione democratica della partecipazione anche al di fuori dei partiti politici, e segnatamente della partecipazione amministrativa; per giunta, i rilievi della Commissione riguardano soprattutto l'attività amministrativa degli enti locali.

¹⁸⁹) *“Non si tratta soltanto, come si diceva allora, di ‘portare il governo alla porta degli amministrati’, con un decentramento burocratico ed amministrativo, sulle cui necessità tutti oggi concordano; si tratta di ‘porre gli amministrati nel governo di sé medesimi”* (RUINI, Relazione al Progetto di Costituzione, cit.).

¹⁹⁰) *“La regola della partecipazione”* aderisce *“a precise indicazioni dottrinali”* (fondate sull'art. 97 Cost.)” (ZITO-TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2010, p. 594).

dottrina le ha riconosciuto¹⁹¹. L'intervento del cittadino, oltre a consentire un pieno ed effettivo esercizio della sovranità popolare (funzione democratica), è necessario alla difesa delle posizioni soggettive nell'ambito del procedimento (funzione garantistica); inoltre, permette di massimizzare le informazioni in possesso dell'amministrazione procedente, in ordine alla situazione concreta in cui essa deve intervenire (funzione efficientistico-collaborativa).

1.1 - Diritto alla difesa e imparzialità dell'amministrazione.

Innanzitutto, la dottrina ha scorto una connessione fra la funzione garantistica della partecipazione¹⁹² e il diritto alla difesa giurisdizionale. Come ha notato la dottrina, se un soggetto interviene in un procedimento per sostenere i propri interessi, allora si presume che lo stesso soggetto abbia - eventualmente - un interesse ad agire per impugnare il provvedimento finale, ovvero a resistere nel giudizio di impugnazione¹⁹³. In questo senso, le garanzie procedurali

¹⁹¹) V. CASSESE, *La partecipazione dei privati*, op. cit., pp. 13-14.

VALASTRO distingue fra la partecipazione "a scopo conoscitivo", volta ad allargare la base conoscitiva dell'autorità procedente - cita come esempio le procedure di partecipazione all'attività regolatoria, al fine di individuare la soluzione conclusiva o di valutarne l'impatto e l'efficacia - e quella "a scopo politico" che intende "consentire forme di mediazione politica sul contenuto della regola". (*La valutazione e i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?*, in "Buone regole e democrazia", a cura di RAVERAIRA, Soveria Mannelli, 2007, p. 153). A questo proposito, valgono le considerazioni già formulate in tema di contraddittorio: in astratto, nulla impedisce che le procedure di partecipazione a scopo conoscitivo e collaborativo abbiano come effetto secondario quello di consentire la difesa di un interesse, e viceversa.

¹⁹²) Per altro verso - su un piano strettamente storico, e non logico - la funzione garantistica della partecipazione è l'antecedente della sua funzione democratica, nel contesto del passaggio dallo Stato autoritario a uno Stato pienamente democratico. "La rivoluzione, se così si può chiamare, consiste nel capovolgimento della concezione del posto e della funzione dei cittadini nell'ambito di uno Stato che voglia essere ispirato (...) a principii di democrazia, i quali non possono ridursi al riconoscimento di posizioni giuridiche passive dei cittadini nei confronti dello Stato e quindi alla loro tutela, ma deve evolversi nel senso del riconoscimento di posizioni giuridiche attive nell'ambito delle funzioni, ciò che va sotto il nome di partecipazione" (BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, op. cit., p. 23).

¹⁹³) "L'individuazione delle parti nel processo è già avvenuta in quel momento precedente ove la pubblica amministrazione aveva già provveduto a cristallizzare la situazione reale mediante la estrinsecazione del suo potere, e, quindi, aveva provveduto a fissare i termini delle reciproche posizioni modificando ciò che in precedenza era definito ed attribuendo posizioni di vantaggio o svantaggio ai destinatari del provvedimento" (BENVENUTI, alla voce *Parte (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1981, vol. XXXI, p. 963). I portatori di interessi, "come parti del

anticipano quelle processuali, e condividono con esse la finalità di consentire al cittadino la tutela della propria posizione soggettiva.

In realtà, alcuni autori tendono a scindere il legame fra interesse procedimentale e interesse processuale, almeno con riguardo alla tutela degli interessi collettivi e diffusi. Se l'intervento nel procedimento è volto alla difesa di un interesse specifico, riconosciuto dalla legge, allora la legittimazione ad agire in giudizio discenderà da quella situazione soggettiva, e non dalla partecipazione in sé¹⁹⁴, che, al più, sarà utile a rendere riconoscibile la situazione che si intende lesa¹⁹⁵. Viceversa, se il soggetto che interviene nel procedimento è privo di un interesse qualificato e differenziato, allora non sorge alcuna legittimazione processuale per ricorrere contro le decisioni dell'amministrazione, giacché l'atto non è suscettibile di ledere un suo bene della vita; se la partecipazione procedimentale è assicurata dalla legge, il soggetto acquista senz'altro il diritto di agire in sede processuale, ma potrà difendere soltanto il suo potere di intervento¹⁹⁶. Dal canto suo, la giurisprudenza convalida questa ricostruzione¹⁹⁷.

procedimento, sono identificati anche quali 'idonee parti' del processo giurisdizionale? (NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 267).

¹⁹⁴ “Chi interviene nel procedimento a difesa di una relazione (giuridicamente protetta) con il bene che ne verrà disciplinato trova in quella preesistente relazione (e non certo nella partecipazione procedimentale, sul che sono tutti d'accordo), il titolo per la successiva legittimazione processuale” (VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992, p. 182).

¹⁹⁵ Come ha affermato la giurisprudenza: premesso che dall'intervento procedimentale “non scaturisce automaticamente la legittimazione processuale di tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano in concreto partecipato al procedimento”, resta fermo che “nell'ipotesi di concreta ed attiva partecipazione è ben possibile verificare la sussistenza di un interesse differenziato, quantomeno sotto i profili concretamente evidenziati ovvero attinenti alle modalità di partecipazione” (TAR Liguria, sez. II, sentenza 13 marzo 2009, n. 311. *Conforme*: sentenza 13 ottobre 2010, n. 9201).

¹⁹⁶ “Chi viceversa interviene senza essere titolare di particolari relazioni (giuridicamente protette) con il bene, da quella partecipazione non vede mutata la sua relazione con quel bene e quindi non può ricavare una legittimazione processuale per la contestazione delle scelte della Pubblica Amministrazione in ordine alla disciplina finale. Certo, se la partecipazione è garantita anche a questo secondo soggetto (...) siffatta garanzia si proietta anche sul piano del processo, ma la tutela giurisdizionale concerne appunto l'interesse partecipativo” (VILLATA, op. ult. cit., pp. 182-183).

¹⁹⁷ La legge n. 241/1990 “ha inteso soltanto elevare la partecipazione a rango di strumento endo-procedimentale degli interessi diffusi, senza con ciò riconoscerne, in via generale, il diritto all'impugnazione” (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 4 settembre 1992, n. 724. *Conforme*: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 6 aprile 2004, n. 1872). *Contra*, TAR Veneto, sez. I, sentenza 16 dicembre 1998, n. 2509: “la legittimazione al procedimento genera la legittimazione processuale”.

In ogni caso, è pacifico che la partecipazione procedimentale consenta l'emersione degli interessi potenzialmente coinvolti dal provvedimento. Sotto questo profilo, il ruolo della partecipazione è insostituibile: nessuno può difendere efficacemente un interesse, all'infuori del suo titolare¹⁹⁸. Ma se tutte le parti interessate possono intervenire, allora il procedimento si è svolto tenendo conto di tutte le loro posizioni soggettive, senza alcuna discriminazione. Sicché, il contraddittorio tra le parti è logica condizione per la realizzazione del principio di imparzialità¹⁹⁹, nonché - a tutto vantaggio del principio di trasparenza²⁰⁰ - per la sua verifica nel concreto.

Peraltro, se il cittadino ha diritto di difendere il proprio interesse, e se l'amministrazione rappresenta l'interesse pubblico, allora quest'ultima non può sostituirsi al privato interessato, raccogliendo in sua vece gli elementi utili alla sua difesa: l'incombenza non può che gravare sul privato stesso²⁰¹.

Fin qui, si è verificato che l'intervento dei cittadini nel procedimento è il presupposto per un'azione non discriminatoria²⁰². La partecipazione realizza l'imparzialità incidendo direttamente sui rapporti fra le parti private coinvolte.

¹⁹⁸) “Fondamento comune del principio comune del principio di udire l'interessato” è “il rapporto di immediatezza che collega il titolare con una sua qualunque posizione soggettiva”: “se quelle situazioni sono date per la soddisfazione di interessi del soggetto in ordine ai bisogni della vita, tale soddisfazione non si può realizzare in modo pieno e giusto senza l'attività personale dell'individuo, che ne è titolare” (BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, pp. 74-75).

¹⁹⁹) “Per una piena realizzazione del principio di imparzialità” è necessario “che, nell'ambito del procedimento, avvenga una completa prospettazione delle ragioni che, secondo la norma, depongono a favore dei soggetti privati, cui l'atto in formazione si riferisce (...) La loro partecipazione al procedimento amministrativo, in quanto determina la possibilità di una acquisizione completa delle loro ragioni, è il mezzo più idoneo per assicurare un giudizio imparziale” (BARONE, *op. ult. cit.*, p. 72).

²⁰⁰) La partecipazione amministrativa comporta che “anche settori della pubblica amministrazione tradizionalmente preclusi all'apporto di soggetti estranei all'organizzazione amministrativa” siano sottratti “al principio di sostanziale segretezza dell'attività interna della pubblica amministrazione” (FIGORILLI, *Il contraddittorio*, *op. cit.*, p. 211).

²⁰¹) Premesso che la partecipazione dei soggetti coinvolti “in quanto determina la possibilità di una acquisizione completa delle loro ragioni, è il mezzo più idoneo per assicurare un giudizio imparziale”, allora “la cura di ricercare e far valere quegli elementi e quelle ragioni, che, in ogni singolo caso, possono contribuire a fissare il rapporto autorità-libertà in una certa maniera, non può essere affidata a quello stesso soggetto che, istituzionalmente, deve curare, e in modo adeguato e sollecito, l'interesse pubblico” (BARONE, *L'intervento*, *op. cit.*, pp. 72-73).

²⁰²) “Il contraddittorio esprime la posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo in ordine alla possibilità astratta di elaborazione del contenuto della sentenza”. Inoltre, “è espressione di un principio giuridico generale di carattere costituzionale” che “si manifesta ogni qual volta la funzione svolta

In realtà, la realizzazione dell'imparzialità amministrativa consiste anche nella ridefinizione dei rapporti fra parti private e autorità pubblica.

Si è già avuto modo di rilevare che la partecipazione consente di compenetrare stato e società. Concretamente, i cittadini accettano di prendere parte all'azione amministrativa: dunque, a un insieme di procedure orientate al bene pubblico, e non più alla mera difesa della sfera giuridica personale²⁰³. Nello stesso tempo, l'amministrazione rinuncia a perseguire, per mezzo della propria autorità, un interesse pubblico astratto, del tutto sganciato rispetto a quello dei cittadini.

Insomma, in un certo senso, la collaborazione fra gli attori del procedimento - compresa la stessa amministrazione - attenua la loro natura di "parti", facendo sì che essi compongano un "tutto"; di conseguenza, impronta il loro comportamento a una maggiore "imparzialità"²⁰⁴.

Vale la pena di ribadire che il ruolo della P.A. e quello dei cittadini non sono equiparabili, né possono esserlo²⁰⁵. Nondimeno, è lecito sostenere l'esistenza di una "causa comune" fra amministrazione e amministrati, nel momento stesso

sia retta dalla ragione di imparzialità. Invero la imparzialità, se dal lato negativo indica il disinteresse di chi esercita la funzione, dal lato positivo significa uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario del suo esercizio" (BENVENUTI, alla voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1961, vol. IV, pp. 738-739).

²⁰³) "(...) il vantaggio individuale che l'amministrato si ripromette dal contenuto che l'atto è per assumere, non dà certo la giustificazione dell'atto amministrativo, la quale è fornita piuttosto dal fine comune a cui l'atto soddisfa. Ma allora quel vantaggio non dà neppure la giustificazione dell'atto dell'amministrato, perché non è possibile giustificazione d'un atto del soggetto che si inserisca (in qualunque modo) nella funzione di un altro, senza che tenga conto della causa di quest'altro. Insomma, l'atto dell'amministrato, per il fatto stesso di intervenire nella funzione amministrativa e di incidere su posizioni dell'amministrazione, deve trovar la propria causa in correlazione alla causa dell'atto amministrativo" (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., pp. 264-265).

²⁰⁴) La libertà attiva del cittadino "fonte di un rapporto paritario" fa sì che l'imparzialità diventi "metro di quel rapporto" e in più "ne fa scaturire un risultato sociale che è automaticamente il realizzarsi del principio di solidarietà. Non più una posizione di conflitto tra le due parti di quel rapporto ma una posizione di collaborazione reciproca nell'interesse generale". (BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, op. cit., p. 88).

²⁰⁵) "Naturalmente, questa pluralità non si concreta in una impensabile parificazione del ruolo dell'autorità e di quello degli amministrati (...) quest'ultimo ruolo non può essere che partecipativo al ruolo dell'autorità" (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., p. 272).

Questo caveat manca nell'esposizione di BENVENUTI, il quale - comunque - non auspica "inimmaginabili forme di democrazia diretta" né una "partecipazione diretta dei cittadini alle istituzioni", bensì la semplice "partecipazione diretta dei cittadini all'esercizio delle funzioni". (*Il nuovo cittadino*, op. cit., p. 22).

in cui l'una e gli altri sono coinvolti in un identico procedimento, teso a realizzare l'interesse generale e improntato alla collaborazione fra le parti²⁰⁶.

Questa "causa comune" è ancora più chiara se si considera la portata della c.d. funzione "collaborativa" che caratterizza l'intervento dei cittadini nel procedimento: essi, oltre a tenere debitamente in conto l'interesse pubblico, contribuiscono attivamente al suo raggiungimento.

1.2 - Buon andamento dell'amministrazione.

"Correctly done, consultation can avoid delays in policy development due to late-breaking controversy and need not unduly hinder progress".

Così si sostiene²⁰⁷ nel rapporto del comitato Manderkeln, presentato al Consiglio Europeo di Laeken nel 2001; il comitato si prefiggeva lo scopo di elaborare proposte per migliorare la regolazione pubblica.

Non è l'unica occasione in cui le istituzioni europee hanno evidenziato gli effetti positivi della partecipazione alle decisioni pubbliche. Il rapporto Mandelkern è coevo al c.d. Libro bianco sulla *governance*²⁰⁸, nel quale - premessa la funzione democratica della partecipazione²⁰⁹ - si evidenzia che la consultazione della "società civile"²¹⁰ agevola non solo l'imparzialità²¹¹, ma anche l'efficacia nell'azione dei poteri pubblici. Se i cittadini partecipano alla

²⁰⁶ "(...) *gli atti di partecipazione dell'amministrato e l'atto dell'amministrazione (...) hanno causa comune. Ovvero (...) la causa è identica per tutti i soggetti partecipanti alla funzione. Gli uni e gli altri atti non hanno causa rispettivamente nel vantaggio che ciascun soggetto si attende dalla funzione, ma nel nesso che unisce le posizioni rispettive nel rapporto amministrativo*" (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., p. 266). Riecheggia HABERMAS: "*il discorso pratico può essere compreso come un processo di intesa che in base alla propria forma induce 'tutti' i soggetti coinvolti, 'contemporaneamente', alla ideale assunzione di ruolo*". (*Moralità ed eticità*, op. cit., p. 62).

²⁰⁷ *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*, 13 ottobre 2001, p. II.

²⁰⁸ Comunicazione COM/2001/428 (*La governance europea - Un libro bianco*), in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee 12 ottobre 2001, n. 287.

²⁰⁹ "*La democrazia dipende dalla possibilità di tutti di partecipare al dibattito pubblico*". (Comunicazione COM/2001/428, p. 8).

²¹⁰ Essenzialmente, la Commissione include nella nozione di "società civile" le associazioni, con particolare attenzione ai soggetti rappresentativi di interessi economici e professionali. (Comunicazione COM/2001/428, p. 11, nota n. 9).

²¹¹ Le consultazioni "*aiutano la Commissione e le altre istituzioni ad arbitrare tra istanze e priorità contrapposte e consentono di definire le politiche disponendo di una visione a più lungo termine*". (Comunicazione COM/2001/428, p. 12).

formazione del contenuto di un atto, l'atto sarà accolto con generale consenso e si incontrerebbero minori resistenze alla sua applicazione²¹².

La dottrina e giurisprudenza hanno più volte riconosciuto alla partecipazione amministrativa una funzione di “stabilizzazione”. Sotto un profilo meramente sociologico, la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti contribuisce già *ipso facto* a dissipare i dubbi sull'imparzialità dell'amministrazione²¹³. Sul piano strettamente giuridico, il rischio dell'annullamento giurisdizionale di un atto si riduce, se la sua adozione è posteriore alla consultazione degli interessati²¹⁴.

Inoltre, l'azione amministrativa trae beneficio dalla prevenzione del dissenso politico²¹⁵, che può costituire un ulteriore ostacolo alle decisioni pubbliche di carattere generale. A questo proposito, è bene chiarire che la composizione dei conflitti non può implicare la loro eliminazione, né autorizza a ipotizzare un modello di società fondato su una forzata ricerca di un'armonia fra i diversi

²¹²) “(...) l'Unione deve essere in grado di reagire con maggiore prontezza al modificarsi delle condizioni di mercato e ai nuovi problemi che si presentano, abbreviando i tempi lunghi necessari per adottare e applicare le norme comunitarie. In molti casi, l'iter può durare tre anni o più. La contraddizione tra decisioni più sollecite e consultazioni migliori, che però richiedono tempo, non è necessariamente insormontabile: investire in adeguate consultazioni ‘a monte’ può produrre atti normativi migliori, adottati in tempi più brevi e più agevoli da applicare e da far rispettare”. (Comunicazione COM/2001/428, p. 17).

²¹³) Questo aspetto è stato messo in rilievo anche dalla giurisprudenza nordamericana. “*Charting changes in policy direction with the aid of those who will be affected by the shift in course helps dispel suspicions of agency predisposition, unfairness, arrogance, improper influence, and ulterior motivation. Public participation in a legislative rule’s formulation decreases the likelihood that opponents will attempt to sabotage the rule’s implementation and enforcement*” (U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, *Chamber of Commerce of U.S. v. O.S.H.A.*, 1980). La partecipazione dei privati “*in the rulemaking process is essential in order to permit administrative agencies to (...) afford adequate safeguards to private interests*”. (Final report of the Attorney General’s Committee on Administrative Procedure, 1941, p. 103).

Peraltro, “*perché non vi siano lobbies, bisogna articolare il procedimento, aprendolo alla partecipazione dei privati*”. (CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA. VV., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, n. 5, Torino, 1999, p. 40).

²¹⁴) La stabilità è “*inversamente proporzionale alle controversie, cui l'atto conclusivo dell'iter procedimentale può dar luogo (...) Se si conviene su tali osservazioni, apparirà che l'intervento dei cittadini interessati nel procedimento di formazione del provvedimento che li concerne, è strumento adeguato per prevenire eventuali fasi contenziose (...) Per tal via, già in tale importante fase, il rapporto dialettico tra i vari soggetti opererà come una forza che tende alla composizione degli opposti interessi*”. (BARONE, *L'intervento*, op. cit., pp. 88-89).

²¹⁵) “*La partecipazione non consiste nell'istituzionalizzare le proteste, ma in una più efficace elaborazione della politica, basata su consultazioni tempestive*”. (Comunicazione COM/2001/428, p. 12).

valori e interessi che ispirano le istanze dei cittadini: la democrazia è evidentemente incompatibile con la rimozione delle discordanze e con la conseguente imposizione - o anche solo con il desiderio - di un pensiero unico, che, fatalmente, rischia di riflettere gli interessi e i valori dei soggetti dominanti nella società²¹⁶. Alle somme: in democrazia, l'opposizione alle scelte dell'autorità è un freno alla sua azione, ma è - al contempo - un elemento inevitabile e necessario; la partecipazione consente di limitarne gli effetti negativi, facilitando il raggiungimento di un compromesso, almeno nei casi in cui questo è possibile.

Accennando al pericolo di rallentamento nel processo decisionale, il Libro bianco non nasconde i costi conseguenti alla partecipazione dei cittadini.

²¹⁶ Cfr. ALGOSTINO (*L'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione come case study sulla democrazia e sul dissenso*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2, p. 243): “I conflitti non si risolvono negandoli, mistificando la divergenza o anche l'opposizione radicale - l'intransigenza - degli interessi, o, quantomeno, così non si risolvono in una democrazia e ancor meno, in una democrazia, come quelle costituzionali del secondo Novecento, fondata sull'eguaglianza sostanziale. In presenza di conflitto, si pensi ad esempio al conflitto nel mondo del lavoro, fra datore di lavoro e lavoratore, negare la differenza di obiettivi (banalmente, in relazione al salario) non è funzionale all'imposizione della prospettiva del soggetto più forte?”. L'articolo qui citato si riferisce proprio a una procedura di partecipazione inerente a una decisione amministrativa di carattere generale: si tratta dell'Osservatorio per la linea ferroviaria Torino-Lione, di cui si discuterà *infra*.

La stessa Autrice (*op. ult. cit.*, p. 244) cita assai opportunamente FERRAJOLI, laddove afferma che le “differenze” sono distinte dalle “diseguaglianze” e, anzi, sono strettamente collegate all'uguaglianza. “Le differenze - siano esse naturali o culturali - altro non sono che i connotati specifici e irripetibili che differenziano e al tempo stesso individuano le persone, e che sono in quanto tali tutelati dai diritti fondamentali. Le diseguaglianze - siano esse economiche o sociali - sono invece le disparità tra soggetti prodotte dalla diversità dei loro diritti patrimoniali, nonché delle loro posizioni di potere e di soggezione. Le une sono tutelate e valorizzate, contro discriminazioni o privilegi, in forza dell'uguaglianza formale (...) Le altre sono, se non rimosse, almeno ridotte o compensate” dall'uguaglianza materiale (o sostanziale). (*Principia iuris - Teoria del diritto e della democrazia*, n. 1, Teoria del diritto, Roma-Bari, 2007, p. 790).

Nondimeno, se il conflitto è inevitabile, lo è proprio perché non tutti i valori e gli interessi possono essere contemperati. Pertanto, qualsiasi decisione che abbia un effetto su una pluralità di persone è destinata a deludere le aspettative di alcune di esse. Proprio in considerazione di ciò, è essenziale che l'autorità pubblica mantenga intatto il suo potere di scelta: solo essa può assicurare la prevalenza delle istanze avanzate dalla maggioranza dei cittadini, anche quando queste - per l'appunto - non sono conciliabili con le ragioni dei soggetti economicamente e socialmente più avvantaggiati.

Di conseguenza, qualora una parte dei cittadini esprima una posizione del tutto incompatibile con l'intenzione dell'autorità, è naturale che questa non ne tenga conto nella decisione finale; semmai, l'autorità deve consentire che questa posizione emerga nel contraddittorio, e deve dimostrare - attraverso la motivazione del provvedimento - di non averla ignorata.

Invero, lo svolgimento della consultazione è un fattore di allungamento dei tempi²¹⁷. Lo stesso onere di osservare le garanzie procedurali è foriero di complicazioni, tanto più se i funzionari preposti lo assolvono secondo modalità troppo rigorose - quando non pedantesche - nel timore che l'atto o il provvedimento finale non superi il sindacato giurisdizionale²¹⁸. A questo proposito, la dottrina nordamericana ha coniato la nozione di "ossificazione" dell'attività regolatoria²¹⁹.

La sottrazione dell'atto amministrativo al sindacato giurisdizionale comporta un vistoso ampliamento del potere esecutivo, a scapito degli altri poteri

²¹⁷) Questa circostanza è segnalata da tempo immemore. *Cfr.* la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana in tema di giusto procedimento: *v. infra*. *Cfr.* altresì CAMMEO: "L'obbligo di una preventiva inchiesta e del decreto scritto e motivato per ogni atto amministrativo (...), se può e anzi deve ammettersi per alcuni atti più importanti e solenni, costituirebbe per tutti gli altri un tale impaccio, un tal motivo di lentezza da distruggere spesso tutto l'efficacia dell'azione amministrativa e contraddirebbe alla necessità frequente di emanare provvedimenti pronti e verbali" (*Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, vol. I, p. 513).

In tempi più recenti *cfr.*, *ex plurimis*, la sintesi di NAPOLITANO: "L'intensificazione dei vincoli procedurali, in particolare, rallenta l'assunzione delle decisioni?" (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 123). *Ibidem* si suggerisce di ovviare a questo inconveniente - con riferimento all'attività di regolazione dei mercati - limitando le ipotesi in cui ricorrere alla consultazione dei privati, in modo da accelerare le procedure. "In primo luogo, come suggerisce anche la normativa comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche, si potrebbe distinguere tra atti regolativi aventi un 'significativo impatto sul mercato' e atti di minore rilevanza. La consultazione dovrebbe essere obbligatoria soltanto nel primo caso, con conseguente semplificazione dei vincoli e riduzione dei tempi negli altri. In secondo luogo, soprattutto negli atti di regolazione che, di fatto, coinvolgono un numero relativamente limitato di imprese, si potrebbero introdurre forme di negoziazione della regolazione. Si dovrebbe, poi, riconoscere alle autorità la possibilità di sottrarre temporaneamente all'obbligo di consultazione le regole adottate d'urgenza e in via provvisoria, per risolvere un'emergenza o porre immediato rimedio all'annullamento giurisdizionale di una precedente decisione".

Contra, C.E. GALLO: "i tempi della produzione da parte della amministrazione di un qualsivoglia provvedimento sono, per ragioni burocratiche o di volontà politica, in entrambi i casi per ragioni indipendenti dalla volontà del destinatario dell'atto, di una lunghezza incredibile; in essi, la fase della partecipazione, ove esistente, ha una incidenza anche temporale brevissima (...) La partecipazione non ritarda l'attività dell'amministrazione" (*La partecipazione al procedimento*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, a cura di ALBERTI-AZZARITI-CANAVESIO-C.E. GALLO-QUAGLIA, Torino, 1992, p. 66).

²¹⁸) Questa tematica è particolarmente sentita negli Stati Uniti. Sul nesso fra sindacato giurisdizionale e "ossificazione", *v.* il dibattito fra SEIDENFELD, *Demystifying Deossification*, e MCGARITY, *The Courts and the Ossification of Rulemaking*, in *Texas Law Review*, Austin, 1997, n. 75, pp. 483-524 e 525-558.

²¹⁹) MCGARITY cita ELLIOTT, che definisce "ossification" il fenomeno per cui "an assortment of analytical requirements have been imposed on the simple rulemaking model, and evolving judicial doctrines have obliged agencies to take greater pains to ensure that the technical bases for rules are capable of withstanding judicial scrutiny" (*Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, in *Duke Law Journal*, 1992, n. 41, p. 1386).

pubblici²²⁰, e perciò contrasterebbe con i principi dell'ordinamento italiano²²¹. A meno di non rivedere l'art. 113 Cost., la *judicial review* rimane una garanzia imprescindibile, per quanto essa possa, direttamente o indirettamente, incidere negativamente sulla celerità dell'azione amministrativa.

Non altrettanto può dirsi per la partecipazione procedimentale. In Italia, essa non è oggetto di esplicita copertura costituzionale. La presenza delle garanzie partecipative nel nostro ordinamento non è scontata ed è subordinata a una valutazione di opportunità. In tema di buon andamento, la partecipazione conferisce un beneficio, giacché “stabilizza” l'atto finale, ma non si può trascurare il costo rappresentato dall'aggravamento del procedimento.

Senz'altro, bisogna attribuire il dovuto rilievo ai casi in cui l'amministrazione deve procedere con urgenza, rinunciando a dar luogo al contraddittorio tra gli interessati: il che, peraltro, non esclude l'opportunità di acquisire il loro parere in un momento successivo, una volta venuto meno lo stato di emergenza²²².

Nondimeno, le ragioni della stabilità - giuridica e sociale - delle decisioni pubbliche assumono un valore diseguale rispetto a quelle della tempestività nell'agire. Mentre la stabilità è un fine, la celerità è un mezzo per conseguire

²²⁰) Lo riconosce anche SEIDENFELD, a proposito delle Autorità di regolazione. “*So long as the administrative state remains such a pervasive and coercive force in society, one should think very hard before eliminating legal doctrines that provide checks on the arbitrariness of agency action*” (*op. ult. cit.*, p. 488).

²²¹) Ma non lo è necessariamente nelle altre democrazie. In proposito, CASSESE nota una rilevante differenza nel rapporto fra potere giudiziario e amministrazione in Francia e negli Stati Uniti, proprio partendo da decisioni giurisprudenziali inerenti alla partecipazione procedimentale: “*In Francia, il giudice (amministrativo) ribadisce con forza il proprio limite rispetto all'amministrazione, stabilendo che non può intrudere nella procedura di partecipazione*” - e *v. infra*, per le implicazioni di questo orientamento nella disciplina del *débat public* infrastrutturale - mentre “*negli Stati Uniti il giudice (ordinario) riconosce il proprio limite, lasciando discrezionalità all'amministrazione, ma si riserva il potere di judicial review anche sulla fase del procedimento nella quale si realizza la partecipazione dei privati. In Francia ci è immunità dell'amministrazione, negli Stati Uniti discrezionalità dell'amministrazione*” (*La partecipazione dei privati, op. cit.*, p. 26).

²²²) “*Tra i principi del buon andamento e dell'imparzialità vi è una costante tensione, per cui in presenza di eccezionali circostanze, quali sono quelle in cui ricorrono gli estremi della necessità e dell'urgenza, tale tensione viene ad allentarsi dal lato della tutela degli interessi privati e ad accentuarsi dalla parte della considerazione dei bisogni collettivi (...) ciò non esclude tuttavia che, una volta trascorse le circostanze di eccezionale necessità e urgenza e riportata alla normalità la situazione, non si possa concedere al privato di esporre il suo punto di vista. Le modalità di tale adempimento saranno, in questo caso, determinate dalla nuova situazione venutasi a creare, come del pari saranno condizionate dal concreto giovamento che gli interessati possono ancora trarre con riguardo ai provvedimenti ormai adottati dall'autorità*” (BARONE, *L'intervento, op. cit.*, pp. 97-98).

l'interesse pubblico. Nulla osta a che un procedimento abbreviato nei tempi conduca a un atto contrario all'interesse pubblico. Infatti, è da chiedersi quanto sarebbe utile, a tale scopo, un atto che, pur essendo stato adottato in tempi rapidi, fosse destinato a essere impugnato da uno dei privati interessati, convinto che l'amministrazione precedente non abbia proceduto ad acquisire gli elementi necessari alla difesa delle sue ragioni.

Tutto questo sarebbe tanto più vero, quando le doglianze di questo ipotetico ricorrente fossero giustificate e l'istruttoria, allo stato dei fatti, dovesse davvero ritenersi insufficiente. Una simile situazione, peraltro, non sarebbe meno grave se questo ipotetico atto non fosse oggetto di ricorso. Qualora si privilegiasse eccessivamente la velocità dell'esecuzione, l'amministrazione potrebbe trascurare l'esigenza di comprendere a fondo la situazione in cui interviene²²³.

La partecipazione dei cittadini può concorrere a scongiurare questa evenienza, consentendo all'amministrazione precedente una più completa istruttoria, e così facilitando il buon andamento della sua azione. È questa la funzione collaborativa della partecipazione, che affianca la sua finalità garantistica.

Addirittura, la dottrina ritiene che l'intervento delle parti private sia una delle condizioni necessarie per la realizzazione dell'interesse pubblico.

La pubblica amministrazione è caratterizzata da una strutturale "asimmetria informativa"²²⁴. Data una situazione concreta, è inevitabile che le persone che

²²³) "La tendenza attuale parrebbe quella di ridurre gli adempimenti, e ciò per una ben ragionevole esigenza di rapidità. Questa tendenza desta qualche preoccupazione, perché, se anche non fosse il sintomo di una minore sensibilità per le esigenze della giustizia, rappresenta sempre un pericolo e per l'attuazione della giustizia e per la stessa buona preparazione dei provvedimenti amministrativi. È auspicabile che lo snellimento delle procedure si ottenga non mediante la riduzione dei necessari adempimenti, bensì mediante l'espletamento più rapido di essi: cosa che non sarebbe inattuabile" (PAPALDO, *Giustizia e pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 139-140).

²²⁴) "Appartiene alle caratteristiche proprie dell'azione amministrativa che il fatto (o i fatti) da cui si occasiona e su cui si insiste l'azione stessa si trovano, all'inizio della medesima, in uno stato di indeterminatezza (...) Sicché spetta all'amministrazione stessa il compito di 'foggiare' da sé quegli elementi da cui essa ricava gli stessi presupposti giustificativi della sua azione (...) data questa iniziale 'problematicità' dei presupposti medesimi dell'azione, è soltanto con il progredire della stessa che il fatto che ne costituisce l'oggetto si concretizza, sì che esso si presenta nel corso della stessa come un fatto in divenire" (CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Santarcangelo di Romagna, 1983, vol. I, p. 16, e relativi riferimenti bibliografici).

vi sono coinvolte abbiano una conoscenza più approfondita delle sue dinamiche, rispetto al soggetto esterno che interviene a governarla.

A supporto di queste asserzioni, è utile esaminare - ancora una volta - i procedimenti inerenti alla regolazione dei mercati. Com'è noto, questa branca dell'attività amministrativa si contraddistingue per l'alto tasso di tecnicismo della materia trattata, nonché per il divario che separa la competenza dei regolatori e quella dei regolati. In questo ambito, l'asimmetria informativa - che, in sé, è tipica dell'azione amministrativa - si accentua ulteriormente²²⁵.

Sulla base di questi elementi, la dottrina nordamericana ha formulato la c.d. *capture theory*: sfruttando la maggiore quantità di conoscenza tecnica in loro possesso, i regolati possono "catturare" i regolatori; in altre parole, possono indirizzarli verso l'adozione di una soluzione consona alla loro volontà²²⁶.

Secondo una diversa tesi, le dinamiche dell'attività di *rule-making* non sono unilaterali: la regolazione è un "gioco multiplo"²²⁷. In effetti, il regolato sfrutta l'asimmetria informativa che lo separa dal regolatore, ma, al contempo, il regolatore può trarre un vantaggio dalle asimmetrie - di diversa natura - che, a

"L'autorità è cieca, perché i suoi occhi sono anche le parti, in contraddittorio tra di loro" (CASSESE, *Negoziazione e trasparenza*, op. cit. p. 39).

²²⁵) Il regolatore non è *"in grado di prevedere razionalmente un piano d'azione adatto a produrre certi risultati, non possedendo né le informazioni né le capacità previsionali necessarie"* (RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, ne *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di BRUTI LIBERATI-DONATI, quaderno Cesifin n. 44, Torino, 2009, p. 215; v. anche le citazioni ivi contenute, in tema di "razionalità limitata").

²²⁶) La *capture theory* è stata formulata per la prima volta da STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, Santa Monica, 1971, pp. 3 e ss. La stessa teoria è stata descritta da OGUS, che - tuttavia - si chiede per quale ragione i regolatori dovrebbero necessariamente "soccombere" al volere dei regolati, i quali - peraltro - non hanno alcuna ragione per limitarsi a fare pressione sulle Autorità, potendo puntare ad influenzare direttamente il legislatore: v. *Regulation - Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, pp. 57-58. Comunque, sulla correlazione fra asimmetria informativa e "cattura" dei regolati, si rimanda a QUIRK, *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies*, Princeton, 1994, pp. 16-19. Si rinvia altresì a RAMAJOLI, op. ult. cit.

²²⁷) *"L'assetto regolativo prima riassunto consente, invece, alle parti giochi multipli; espone tutti, regolatori e regolati, a un mercato degli argomenti e delle influenze; stabilisce, anche senza tirare in ballo i consumatori, rapporti trilaterali; consente ai regolati, che competono sul mercato, di competere anche dinanzi all'autorità, cercando di vincere altri regolati e di portare l'autorità dalla propria parte; permette all'autorità di sfruttare i differenziali di convenienza impliciti in ogni regolazione, per massimizzare il proprio potere, sia in termini di conoscenza del settore, sia in termini di ampliamento della propria sfera di azione"* (CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, Bologna, 2002, n. 2, p. 269).

loro volta, si possono creare fra i regolati: questi ultimi sono portatori di interessi contrastanti, a seconda della loro posizione nel mercato²²⁸, e talora, per ciò stesso, imprese operanti nello stesso settore ricevono un trattamento differenziato²²⁹. Se queste circostanze comportano l'insorgere di un conflitto fra i regolati, questi saranno incentivati a portare alla conoscenza del regolatore quanti più elementi possibile al fine di difendere le proprie posizioni; così, sarà colmata l'asimmetria informativa del regolatore, e sarà massimizzato il suo potere nei confronti delle parti private²³⁰.

Insomma, la regolazione dei mercati consiste (anche) nella ricerca di nuove informazioni attraverso il contraddittorio, più che nella mera adozione di provvedimenti in seguito a un'azione unilaterale dell'autorità²³¹.

Nell'esaminare a titolo d'esempio il caso della regolazione, è difficile ignorare le peculiarità dei processi economici che ne sono l'oggetto. In effetti, la loro complessità richiede un approccio flessibile e pragmatico; ciò dovrebbe dissuadere il regolatore dall'improntare la propria condotta a una rigida unilateralità²³². Di qui si può sostenere che la regolazione consiste nell'interazione fra regolatore e regolati, in cui gli uni colmano il *deficit* di

²²⁸) “I regolati non sono tutti nella stessa posizione di fatto. I vecchi monopolisti, i primi entranti e gli ultimi entranti hanno interessi diversi da difendere. Tali interessi sono, talvolta e a certi fini, persino riconosciuti dalla legge, che detta una disciplina differenziata, detta asimmetrica, che fa un trattamento diverso agli ultimi arrivati, a sfavore dei primi” (CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 270).

²²⁹) “La situazione appena descritta si presenta in forme ancor più vistose quando vi siano regolazioni differenziate, dette asimmetriche. Queste disciplinano diversamente imprese operanti nello stesso mercato, per favorire l'ingresso e lo sviluppo degli ultimi entranti a spese dei monopolisti e dei precedenti entranti. Si tratta di misure temporanee” (CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 271).

²³⁰) “Non solo i regolati, ma anche i regolatori sfruttano i differenziali di interesse tra le parti. I regolatori fanno ciò allo scopo di massimizzare le proprie conoscenze. Queste sono, normalmente, limitate e il modo migliore, per i regolatori, è di capire facendo parlare i contendenti”; così “le autorità di regolazione massimizzano anche il proprio potere: anche la conoscenza è potere” (CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 274).

²³¹) “Nella filosofia della regolazione, l'azione (la misura regolatoria) è funzionale all'acquisizione di nuova conoscenza (apprendimento), mediante la valutazione delle reazioni e delle conseguenze che si sono sviluppate a partire da quella azione” (RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio, op. cit.*, p. 215).

²³²) Nella regolazione “non è prioritario risolvere statici conflitti di interessi attraverso il riconoscimento di diritti e obblighi, bensì promuovere, assecondare e incanalare un processo economico dinamico e tendenzialmente anarchico, attraverso regole mirate a creare vincoli e opportunità per i regolati” (RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 214).

razionalità degli altri, in modo che si realizzi l'interesse pubblico²³³. Nondimeno, alcuni elementi permettono di estendere queste conclusioni all'intera azione amministrativa.

Prima di tutto, l'asimmetria informativa limita la razionalità dell'amministrazione in tutti gli ambiti in cui essa si trova ad agire: non c'è ragione per ritenere che questo avvenga solo al momento di regolare i mercati.

Inoltre, la necessità di tenere in considerazione il carattere multiforme e sfuggente dei mercati non esime le autorità di regolazione dal dovere di esprimere una propria volontà nell'interesse pubblico, per mezzo di un provvedimento unilaterale: una volontà autonoma, che deve sempre essere manifestata dalla pubblica amministrazione.

Peraltro, l'asimmetria tra i regolati non è che una manifestazione delle differenze che, strutturalmente, connotano tutte le situazioni soggettive presenti nella società, e con le quali l'intera amministrazione deve misurarsi; dunque, non è una peculiarità della regolazione economica. Per inciso, bisogna osservare che, in alcuni casi, queste differenze possono consistere in vere e proprie diseguaglianze fra i soggetti interessati dal procedimento, e possono impedire che essi intervengano nella decisione in posizione di effettiva parità²³⁴: tuttavia, è evidente che il potere di intervento dei soggetti più deboli si rafforza,

²³³) “La regolazione è un processo conoscitivo che si sviluppa nell'interazione tra il comportamento del regolatore e il comportamento dei regolati, sul presupposto che né l'uno né gli altri posseggano una razionalità sufficiente a pianificare esattamente l'azione necessaria per il benessere collettivo (...) Se si accetta questa logica e non si pretende di sovrapporre ad essa la nostra logica volontaristica, allora la partecipazione assume un ruolo strategico rispetto alla regolazione” (RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 217).

²³⁴) A proposito del *débat public*, relativo ai grandi procedimenti infrastrutturali in Francia - di cui si tratterà molto ampiamente *infra* - la dottrina sottolinea che “*l'égalité entre les participants est d'abord purement théorique: ceux-ci sont des acteurs socialement situés, qui disposent de ressources inégales; face aux experts, détenteurs d'un savoir, face aux groupes organisés, partenaires attitrés des acteurs publics, face aux professionnels, qui ont la connaissance des problèmes, les citoyens de base sont placés en situation d'infériorité*” (CHEVALLIER, *Le débat public en question*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, p. 504).

Cfr. STEWART, in tema di *imbalance in representation* (*The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1975, pp. 1713-1715; “*the comparative overrepresentation of regulated or client interests in the process of agency decision results in a persistent policy bias in favor of these interests*”. Ma proprio l'asimmetria informativa fra regolatori e regolati rafforza questo squilibrio, già di per sé fisiologico, nel momento in cui i soggetti più forti sono gli unici a fornire le informazioni necessarie a decidere: “*the information upon which the agency must ultimately base its decision must come to a large degree from the groups being regulated*”).

se l'azione dell'autorità pubblica - che, secondo la Costituzione, deve realizzare l'uguaglianza sostanziale - è efficace ed efficiente; come si è appena dimostrato, il contraddittorio è utile in questo senso, e non presenta alcuna controindicazione, giacché non c'è ragione per ritenere che la consultazione dei privati possa agevolare la "cattura" dell'amministrazione ad opera dei più potenti²³⁵. Ad ogni modo, l'esperienza della regolazione economica mostra che i privati più deboli possono trarre un beneficio dal contraddittorio solo se dispongono di una quantità di informazioni sufficiente per orientare la decisione dell'autorità pubblica²³⁶, e solo se ai conflitti fra amministrati non fanno da contraltare eventuali conflitti fra le varie amministrazioni coinvolte nel procedimento²³⁷.

²³⁵) Se pure la prassi può fornire esempi in cui i soggetti più forti si sono avvalsi della consultazione per far valere le proprie ragioni, nulla assicura che ciò debba rappresentare un evento inevitabile, e - anzi - si può ritenere che la consultazione abbia limitato i danni, consentendo ai più deboli l'esercizio di un potere di intervento che, in assenza di procedure partecipative, sarebbe stato loro precluso. Se questa tesi, che smentisce il rischio rappresentato dalla prevalenza dei più potenti fra i soggetti coinvolti nel procedimento, fosse esatta, allora sarebbe ulteriormente dimostrato il nesso fra partecipazione e imparzialità dell'amministrazione. *"La consultazione aumenta il grado di formalismo dell'attività, ma non avvantaggia necessariamente i gruppi più forti"*. Ad esempio, *"la possibilità di avvalersi delle procedure interne della Banca mondiale consente ai più deboli di partecipare ai procedimenti decisionali, valorizza il loro apporto. Si può cogliere, così, il punto debole"* nella teoria della cattura: *"regole del gioco fondate su un'astratta uguaglianza delle parti possono avere favorito i poteri più forti (...) in determinati paesi e momenti. Ma questa risultanza storiografica, in quanto tale, non esclude affatto che il loro apporto sarebbe stato anche maggiore, in assenza di quegli istituti. È un'ipotesi controfattuale che il buon senso e le indagini degli scienziati sociali, al contrario, suggeriscono"* (DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali - Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, pp. 88-89).

In effetti, secondo logica, la posizione di un'autorità regolatrice nei confronti dei soggetti più potenti non è indebolita dalla consultazione, fin tanto che il regolatore ha la volontà e il potere di improntare la sua azione al principio di imparzialità. Semmai, per l'appunto, l'autorità è vulnerabile se si trova in una situazione di asimmetria informativa, e i soggetti meno potenti e meno organizzati sono svantaggiati se non hanno la possibilità di essere consultati nel procedimento. *"If bias is attributable to imbalance in representation within the agency decisionmaking process, a seemingly more reliable antidote would be to provide more effective representation for unorganized 'public' interests"* (STEWART, *op. ult. cit.*, p. 1715).

Resta fermo quanto affermato *supra*: qualora l'autorità non volesse o non potesse resistere alle pressioni dei soggetti più forti, essa agirebbe in una situazione di sostanziale deficit democratico, anche qualora fosse assicurata la partecipazione dei cittadini nel processo decisionale.

²³⁶) *"Other parties interested in an agency decision ordinarily have no discovery devices to aid them in developing relevant information and must largely depend on public information supplied by the regulated firms"* (STEWART, *op. e loc. ult. cit.*).

²³⁷) Si pensi ai possibili conflitti fra autorità italiane ed europee. *"La moltiplicazione dei regolatori, sia allo stesso livello (nello Stato), sia a più livelli (nazionale e comunitario) offre un'ulteriore*

Date queste premesse, è lecito trarre una conclusione di carattere generale.

All'inizio del procedimento, l'amministrazione non può disporre di alcune informazioni; al contempo, è in grado di acquisirle, grazie alle osservazioni che i privati coinvolti presentano in sede istruttoria. Così, la partecipazione diventa condizione necessaria perché si giunga a una decisione corretta, a partire da un quadro realistico ed esaustivo dei reali interessi in gioco²³⁸ e dall'esatta qualificazione giuridica del fatto in esame²³⁹. Pertanto, il contributo delle parti private diventa decisivo per il buon andamento dell'azione amministrativa.

1.3 - Partecipazione e determinazione dell'interesse pubblico.

Se la partecipazione procedimentale fornisce elementi essenziali all'amministrazione, il contenuto dei provvedimenti finali non può essere interamente predeterminato: parte di esso sarà definito in contraddittorio, in base alle dichiarazioni rese e scambiate al suo interno.

Ma se queste premesse sono esatte, allora l'intervento dei cittadini va oltre la semplice "collaborazione".

L'acquisizione di dati e notizie non vale soltanto a coadiuvare l'autorità pubblica nel soddisfare il bene pubblico; è altresì decisiva ai fini di individuare il bene pubblico stesso, in quegli aspetti che l'amministrazione non può cogliere con le sole informazioni in suo possesso, e che non sono

occasione ai regolati, i quali sfruttano i conflitti tra le autorità per ottenere il rispetto dei loro diritti (o, comunque, provvedimenti più favorevoli)" (CASSESE, Dalle regole, op. cit., p. 272).

Una simile situazione costituisce un fattore di complicazione nell'azione del regolatore, ma anche nella disciplina del contraddittorio. *"La frammentazione dello spazio regolatorio, in conclusione, richiede un approccio decentrato, che non guardi soltanto al ruolo dei pubblici poteri (...) Di qui l'esigenza di assicurare la partecipazione dei privati in forme articolate e differenziate, a seconda dei 'luoghi' della regolazione"* (NAPOLITANO, *Regole e mercato, op. cit.*, p. 126).

²³⁸) Il contraddittorio assolve *"allo scopo di colmare il gap e l'asimmetria informativa che caratterizzano il processo decisionale e di formazione del convincimento del decisore collettivo pubblico"* (R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo, op. cit.*, p. 144). *"È di tutta evidenza come lo svolgimento dell'azione amministrativa in contraddittorio contribuisca in maniera determinante (...) alla precisazione dei fatti e dei presupposti che legittimano l'esercizio della potestà e che integrano la fattispecie normativa"* (FIGORILLI, *Il contraddittorio, op. cit.*, p. 209).

²³⁹) In contraddittorio sono chiariti *"i fatti che contribuiscono a delineare la fattispecie attraverso una qualificazione che viene operata dalla stessa autorità"* (FIGORILLI, *op. ult. cit.*, p. 214).

immediatamente ricavabili dalla norma attributiva del potere. Per questa ragione, la partecipazione amministrativa determina l'interesse pubblico²⁴⁰, pur senza confonderlo con gli interessi privati²⁴¹; pertanto, diventa *condicio sine qua non* per l'esercizio dell'azione amministrativa, che all'interesse pubblico mira.

D'altra parte, se le garanzie partecipative dei cittadini sono ispirate al dogma della sovranità popolare - e all'esigenza di imparzialità, intesa come riflesso del principio di uguaglianza - allora la necessità di tenere in considerazione tutte le

²⁴⁰) “Nei procedimenti che attendono alla composizione di interessi eterogenei non esiste un interesse pubblico prefigurato dalla norma; o meglio quel tale interesse pubblico espresso dalla norma serve solo a definire la competenza dell'organo legittimato a decidere la figurazione giuridica dell'assetto di interessi, pubblici e privati, coinvolti nella vicenda della vita, ma non è un interesse sostanziale (o concreto)” bensì “si risolve in una regola del giudizio che servirà di guida per la risoluzione del conflitto o per la composizione degli interessi (questi sì reali) che le vengono riferiti dalla comunità” (PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e 'contrattazione'*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, pp. 1505-1506).

L'interesse pubblico diventa “un'ipotesi di lavoro iniziale di una ricerca che dovrà trovare ex post la sua qualificazione nell'istruttoria e nel procedimento” (PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amministrativo*, Milano, 1987, n. 2, p. 3178). “Ci si rende conto che la funzione del procedimento” è anche e soprattutto quella “della individuazione, caso per caso, del concreto interesse che, come sintesi, o compensazione, di diversi interessi (...) si ritiene debba trovare nell'azione del potere pubblico (...) lo strumento della sua realizzazione” (SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, pp. 313-314).

Con riferimento ai procedimenti di regolazione economica, RAMAJOLI (*Procedimento regolatorio*, op. cit., p. 215) afferma che, “poiché il rapporto mezzo-fine è sostituito dal rapporto azione-apprendimento, la regolazione non è uno strumento finalizzato a produrre determinati risultati di interesse pubblico, ma a far sì che i risultati si producano”. Se, prima del contraddittorio l'interesse pubblico non è determinato (o meglio, non lo è del tutto), allora ne segue che i risultati si producono solo grazie al contraddittorio.

²⁴¹) “Da un lato, all'autorità viene riconosciuta una posizione di autonomia, tale da metterla in condizione di assicurare il concreto perseguimento del pubblico interesse. Dall'altro, quest'ultimo obiettivo è reso possibile soltanto grazie ad una completa comparazione e ponderazione di tutti gli interessi secondari rispetto all'interesse primario” (FIGORILLI, *Il contraddittorio*, op. cit., p. 209).

La ricostruzione di BOMBARDELLI è parzialmente diversa: è “superata l'idea che le decisioni siano adottate dall'amministrazione alla stregua di un decisore unitario, separato dagli altri soggetti dell'ordinamento e dall'ambiente in cui opera, e capace di agire in modo ottimale secondo un percorso di tipo unilaterale. L'entità da cui sono poste in essere le decisioni amministrative” è la “coalizione decisionale”, consistente in una “rete organizzativa in cui sono coinvolti diversi centri di riferimento di interessi – pubblici, collettivi, diffusi e privati – accomunati dall'interesse a che la funzione amministrativa si svolga in modo da condurre alla soluzione dei problemi del vivere comune”; così, il procedimento diventa la sede “in cui i diversi portatori di interessi partecipano alla formazione della decisione secondo un processo di interazione e di influenza reciproca, strutturata in modo flessibile a seconda del ruolo riconosciuto alla partecipazione procedimentale” (introduzione a *Decisioni e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, p. XIX).

posizioni coinvolte nel procedimento modifica già di per sé la nozione di “interesse pubblico”, impedendone - in parte - la predeterminazione²⁴².

1.4 - Giusto procedimento e giurisprudenza costituzionale.

In passato, il nesso fra partecipazione amministrativa e principi costituzionali non era pacificamente riconosciuto²⁴³. Anzi, la giurisprudenza costituzionale in tema di giusto procedimento lo ha apertamente negato per decenni.

Come anticipato, la sentenza n. 13/1962 della Corte Costituzionale attribuì il valore di “regola generale” al principio del giusto procedimento²⁴⁴, inteso come l’insieme delle garanzie necessarie a porre i privati interessati nelle condizioni di difendere le proprie ragioni nei confronti dell’amministrazione procedente. In realtà, a questa affermazione descrittiva non seguì alcuna conseguenza prescrittiva. Infatti, attribuendovi la mera qualifica di “regola generale”, la Corte Costituzionale negò implicitamente - e, in alcune pronunce posteriori, anche esplicitamente²⁴⁵ - che il giusto procedimento dovesse assurgere al rango

²⁴²) Se - citando GIANNINI - il procedimento è la “sede dove si realizza un equo contemperamento de-gli interessi”, allora ciò “presuppone una nozione elastica e cangiante di interesse pubblico, il quale non è determinabile aprioristicamente e unilateralmente dall’autorità pubblica, ma è il frutto di una complessa valutazione e ponderazione di tutti gli interessi in gioco” (MORBIDELLI, *Il procedimento*, op. cit., p. 658).

²⁴³) “Nello stesso periodo costituente e nello stesso tessuto normativo della Costituzione emergono anche altre indicazioni che hanno potuto far considerare quanto meno non respinta la concezione dominante per il passato e ne hanno poi favorito il protrarsi (...) le proposte avanzate in quel periodo dirette a costituzionalizzare ‘i diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione’ vengono accantonate e rinviate (...) mentre vengono costituzionalizzati i principi che sorreggevano il preesistente sistema di giustizia amministrativa, ivi compresa in particolare la distinzione fra diritti e interessi. (...) Si è determinata, in breve, una situazione di compresenza di due concezioni (...) che ha impedito in particolare la saldatura fra disciplina del potere amministrativo (e del suo esercizio) e disciplina dei diritti dei cittadini. I diritti dei cittadini sono restati alla periferia, all’interno (o al contorno) della disciplina dell’attività amministrativa, benché dal contesto costituzionale complessivo se ne potesse dedurre abbastanza pacificamente il riconoscimento” (PASTORI, *Considerazioni introduttive a La disciplina generale*, op. cit., p. 35).

²⁴⁴) Con questa decisione, la Corte dichiarava l’illegittimità di una disposizione di una legge della Valle d’Aosta (art. 1 legge regionale 28 aprile 1960, n. 3). Per decisione del legislatore, l’intero territorio della Regione era stato dichiarato “bellezza naturale e zona di particolare interesse turistico”. Di conseguenza, erano state imposte stringenti limitazioni al diritto di proprietà, senza prevedere un procedimento amministrativo idoneo ad accertare l’opportunità di procedere a tali limitazioni nelle singole situazioni concrete, garantendo ai cittadini interessati il diritto alla difesa delle proprie ragioni.

²⁴⁵) “L’esigenza del giusto procedimento (...) non ha carattere di assolutezza” (Corte Costituzionale, sentenza 29 giugno-6 luglio 1965, n. 59). Pertanto, “il cosiddetto principio del

di valore costituzionale. Pertanto, il legislatore statale se ne poteva discostare²⁴⁶; solo il legislatore regionale - il quale, secondo il vecchio testo dell'art. 117 Cost., doveva adeguarsi ai principi generali dell'ordinamento statale - avrebbe dovuto garantire il contraddittorio amministrativo²⁴⁷, e solo se fosse stato necessario a preservare i diritti o interessi legittimi dei cittadini²⁴⁸.

Secondo parte della dottrina, la legge sul procedimento amministrativo ha indotto a rileggere l'art. 97 Cost., nel senso di includere anche la partecipazione fra i principi generali dell'azione amministrativa²⁴⁹.

giusto procedimento (...) non può considerarsi costituzionalizzato" (Corte Costituzionale, sentenza n. 23/1978). Il legislatore ordinario può "indirizzarsi anche verso altri canoni" rispetto a quelli che, secondo l'art. 97 Cost., devono essere osservati dalla pubblica amministrazione: "fra questi, la cosiddetta procedimentalizzazione dell'amministrazione, giusta modelli contenziosi o paracontenziosi"; nondimeno, "il dovere di adesione obbligatoria a modelli di procedimento amministrativo del genere, con la attiva partecipazione concomitante perenne, cioè, dei soggetti privati, non è desumibile" dall'art. 97 Cost., "non potendosi ravvisare costituzionalizzato (...) il cosiddetto principio del 'giusto procedimento'" (Corte Costituzionale, sentenza n. 234/1985). *Conforme*: Corte Costituzionale, sentenza 19 marzo 1993, n. 103.

Alcuni autori hanno criticato questo orientamento, sostenendo l'esistenza di principi generali che, pur non menzionati in Costituzione, vincolano il legislatore (*v. ad es. MERUSI, L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, pp. 42 e 44).

²⁴⁶) Anzi, la Corte - pur sostenendo che "questa circostanza non infirma il principio dianzi esposto" - prese esplicitamente atto che il legislatore se n'era già discostato: "Vero è che il legislatore statale ha derogato tante volte al principio del giusto procedimento". (Corte Costituzionale, sentenza n. 13/1962).

²⁴⁷) "Il legislatore statale non è tenuto al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, quando questi non si identifichino con norme o principi della Costituzione, mentre il legislatore regionale è vincolato al rispetto delle norme costituzionali e dei principi dell'ordinamento giuridico dello Stato". (Corte Costituzionale, sentenza n. 13/1962).

²⁴⁸) Corte Costituzionale, sentenza n. 59/1965. La Regione Trentino-Alto Adige, con la legge regionale 7 settembre 1964, n. 30, ha legittimamente "costituito in riserva di caccia l'intero territorio regionale, escluse le zone riservate dai privati", nonostante la medesima legge non abbia predisposto alcun procedimento in cui potessero emergere le ragioni dei privati interessati. Secondo la Corte, la legge regionale "nulla innova" rispetto alla situazione precedente, poiché "in base alla legge nazionale, tutte le zone non riservate dai privati erano" già "state costituite in riserva" e la legge regionale non ha fatto altro che rendere "definitiva e permanente" la situazione. Così, la legge regionale "nulla sottrae a chicchessia" e "non ha, dunque, avuto alcun effetto lesivo nei riguardi della tutela dei diritti e degli interessi", atteso che questo è il vero obiettivo del giusto procedimento, non "una inesistente 'riserva' a favore dell'amministrazione".

²⁴⁹) "La generalizzazione della 'partecipazione' disposta con la legge n. 241/1990, ha dato una interpretazione dell'attività amministrativa e del suo dispiegarsi che non può non rilevare ai fini della interpretazione dello stesso art. 97 Cost. La interpretazione della Costituzione non segue la teoria della 'pietrificazione', anzi, la legislazione ordinaria di principio concorre a formare il significato delle disposizioni costituzionali". La stessa "evoluzione dell'ordinamento, nel senso di attribuire portata generale al principio del giusto procedimento, non può non reagire sulla interpretazione costituzionale e dunque sul significato dell'art. 97, sì da ritenerlo comprensivo anche di tale principio" (MORBIDELLI,

In effetti, la Corte Costituzionale ha gradualmente riconosciuto l'esistenza di un nesso fra i principi costituzionali dell'amministrazione e le garanzie contenute nella legge sul procedimento.

Nel giudicare la legittimità costituzionale di alcune disposizioni di settore, inerenti a procedimenti amministrativi, la Corte ha, talora, adottato la legge n. 241/1990 quale parametro interposto²⁵⁰. In altri casi, addirittura, la Corte ha direttamente richiamato l'art. 97 Cost.²⁵¹; le più recenti decisioni hanno seguito quest'ultimo orientamento²⁵².

Note sulla riserva di procedimento amministrativo, in Studi in memoria di Franco Piga, Milano, vol. II, 1992, pp. 685 e 687).

²⁵⁰) Ad esempio, le procedure di accertamento medico-legale per le infermità dei dipendenti dell'amministrazione militare (art. 5, commi 1, 2 e 3, legge 11 marzo 1996, n. 416) non violano i principi di ragionevolezza e uguaglianza, né quelli di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost., sebbene consentano all'amministrazione di richiedere l'intervento di una seconda commissione medica senza disciplinare e garantire la partecipazione del dipendente. Infatti, in virtù della legge n. 241/1990, l'amministrazione è comunque tenuta a "predisporre un meccanismo procedurale" che ponga l'interessato "nella effettiva possibilità di interloquire nella anzidetta ulteriore fase procedimentale". (Corte Costituzionale, sentenza 17 ottobre-5 novembre 1996, n. 383).

In altri termini, "le regole sul responsabile del procedimento amministrativo, sulla partecipazione e sul diritto di accesso del privato interessato" previste dalla legge n. 241/1990 "assicurano un'ampia e costante azione di rilevazione e controllo ab externo dell'adeguatezza dell'azione amministrativa tanto degli apparati statali quanto delle autonomie locali, anche in carenza di una specifica proceduralizzazione ex lege (...) della fattispecie normativa in oggetto" (Corte Costituzionale, sentenza 2-4 giugno 1997, n. 170), il che equivale ad affermare che la legge n. 241/1990 consente, in sé, di raggiungere gli obiettivi stabiliti dalla Costituzione.

²⁵¹) Cfr. la già citata sentenza n. 240/1997.

Per la verità, la sentenza n. 126/1995 aveva accolto una questione sollevata nel corso di un giudizio instaurato anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 241/1990. In quell'occasione, la Corte asserì che la disposizione censurata "non poteva trovare, neanche per il passato, una valida ragione giustificatrice".

²⁵²) Sono illegittimi gli artt. 41, primo comma, e 22, ultimo comma della legge elettorale per il Parlamento europeo (legge 24 gennaio 1989, n. 18, successivamente modificata), in quanto prevedevano che il candidato proclamato eletto in più circoscrizioni potesse esercitare il suo diritto di opzione a decorrere dalla data della proclamazione, e non da quella della comunicazione. Infatti, solo la comunicazione della proclamazione consente all'eletto di conoscere con esattezza la situazione in cui versa e, pertanto, di esercitare il diritto di opzione. Ne consegue che le disposizioni censurate sono irragionevoli, proprio in quanto impediscono al cittadino l'efficace difesa della sua posizione giuridica. Il principio di "pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (...), il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)" (Corte Costituzionale, sentenza 8-17 marzo 2006, n. 104). CARLOTTI, commentando questa sentenza, chiude il cerchio, in quanto "la legge 241/1990 non sia stata presa in considerazione, come avvenuto in passato, alla stregua di un tertium comparationis e, dunque,

Se ne può dedurre che le garanzie partecipative sono state elevate a rango costituzionale, senza necessità di un espresso riconoscimento legislativo²⁵³.

1.5 - Conclusioni.

La partecipazione del cittadino ai procedimenti amministrativi è imposta dal principio di sovranità popolare. Inoltre, facilita l'autorità nello svolgimento di un'azione imparziale e ispirata al principio del buon andamento: in un certo senso, è indispensabile a tal fine. Infine, le garanzie procedurali anticipano la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi vantati dal cittadino. Ne deriva che il legislatore italiano deve garantire la partecipazione amministrativa, alla luce di alcuni dei principi affermati dalla Costituzione.

Il cittadino deve poter intervenire tanto nell'attività amministrativa discrezionale, quanto in quella vincolata²⁵⁴. L'amministrazione deve pur sempre verificare se la situazione concreta richiede l'applicazione della disposizione di legge che ne vincola l'azione: la partecipazione resta necessaria, al fine di acquisire gli elementi che servono a una corretta valutazione dei fatti. Inoltre, i privati devono poter accertare fin dal procedimento se l'amministrazione sta assumendo una decisione conforme alla legge o se, viceversa, sta incidendo illegittimamente nella loro sfera; se la partecipazione consente di verificare il

quale elemento di valutazione comparativa della ragionevolezza della normativa oggetto di scrutinio, ma in via diretta come dato positivo di rango primario idoneo a modificare, attualizzandola, l'interpretazione degli stessi canoni costituzionali di riferimento" (La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241/1990, in Jus, 2008, nn. 2-3, p. 369).

²⁵³ "Il traguardo dello stabile innesto del giusto procedimento tra i principi di rango costituzionale - e non soltanto tra quelli fondamentali - (...) è stato ormai raggiunto proprio grazie al mutamento del quadro di riferimento indotto dalla l. n. 241/1990" (CARLOTTI, *op. ult. cit.*, p. 367).

²⁵⁴ L'emanazione di atti dal contenuto vincolato "è condizionata, quanto meno, all'accertamento di certi presupposti, relativi a persone o cose, che astrattamente previsti dalla norma, devono esistere nella realtà. Appare chiaro, allora, che l'intervento dell'interessato si rende quanto mai necessario pure in una tale ipotesi (...) Anzi, in una tale ipotesi, dal momento che all'autorità non è lasciata alcuna possibilità di graduare il contenuto del suo atto, o addirittura di decidere discrezionalmente se sia il caso di emanarlo, è necessario procedere con particolare prudenza al momento dell'accertamento dei fatti" (BARONE, *L'intervento*, *op. cit.*, p. 78). "L'intervento del privato serve (...), per l'attività vincolata, ad accertare il fatto presupposto per l'esercizio del potere" (SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 600).

rispetto del principio di imparzialità, questa esigenza sussiste anche quando l'attività amministrativa non è discrezionale.

Tutto ciò considerato, questa indagine mira ad appurare la misura in cui la normativa vigente in Italia assicura la partecipazione popolare all'azione amministrativa, rispettando il dettato costituzionale, e tenendo in considerazione i principi dell'ordinamento europeo. Bisogna chiarire se è ammessa la partecipazione di tutti i cittadini, o soltanto dei privati interessati dal provvedimento; se l'intervento è ammesso in tutti i procedimenti amministrativi, o soltanto in una parte di essi; se le procedure previste dalla legge consentono ai cittadini di esercitare una reale influenza sulla decisione; se la partecipazione amministrativa gode di un'effettiva tutela giurisdizionale.

2 - Partecipazione amministrativa e ordinamento statale.

2.1 - La partecipazione amministrativa nel Regno d'Italia.

L'intervento del privato nel procedimento amministrativo era previsto e disciplinato dal legislatore già in epoca anteriore all'entrata in vigore della Costituzione. Fin dal 1865, con l'approvazione della legge per l'unificazione amministrativa del Regno, l'amministrazione è tenuta ad acquisire “*le osservazioni e deduzioni in iscritto*” dei privati interessati²⁵⁵, prima di provvedere - con decreto motivato - in merito alle materie di sua competenza²⁵⁶. Per la dottrina, questa disposizione consente l'intervento del privato in tutti i procedimenti²⁵⁷.

²⁵⁵) Art. 3, comma 1, legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E.

²⁵⁶) Ossia, tutti gli affari non devoluti alla giurisdizione ordinaria, la quale resta competente a “*decidere in ordine a tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione*” (art. 2 legge n. 2248/1865, allegato E).

²⁵⁷) L'art. 3 “*intende ammettere le deduzioni e le opposizioni degli interessati durante il procedimento di formazione dell'atto amministrativo, prima cioè della emanazione di esso (...) Contro l'atto così formato, la seconda parte dell'articolo dichiara ammesso il ricorso gerarchico all'autorità superiore (...) Per questo, l'opposizione contemplata nella prima parte dell'art. 3, non rientra nei mezzi di ricorso contro gli atti amministrativi*” (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, vol. II, p. 58).

Lo stesso Autore afferma che tale opinione è “*ormai ammessa da tutta la dottrina*”. Cfr. CASSESE: “*Importa ricordare che l'art. 3 co. 1 non esiste più se non nell'interpretazione consolidata per*

Il legislatore del Regno ha previsto anche altre ipotesi di partecipazione procedimentale, in talune normative di settore²⁵⁸; ad esempio, il privato può intervenire in alcuni procedimenti concessori²⁵⁹, nonché nella formazione degli atti con cui l'amministrazione individua alcuni beni pubblici e d'interesse pubblico²⁶⁰. Disposizioni antiche - e successivamente abrogate - conferivano a tutti i cittadini il potere di presentare osservazioni nel procedimento inerente alla dichiarazione di pubblica utilità²⁶¹; poiché “*chiunque*” poteva prendere parte

cui esso si riferisce al procedimento di primo grado” (Il privato, op. cit., p. 99; v. ibid., pp. 93-109, per la ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema).

Contra, BENVENUTI: “(...) dagli scritti dell'epoca questa intenzione non appare troppo chiara, ché anzi sembra che il legislatore intendesse riferirsi solo al ricorso gerarchico” (Funzione, op. cit., p. 144). In effetti, secondo la dottrina più risalente, queste disposizioni si riferissero esclusivamente all'intervento del cittadino nei procedimenti di secondo grado, in sede di ricorso amministrativo contro gli atti già emanati. ORLANDO lo diede per scontato (La giustizia amministrativa, in I Trattato completo di Diritto amministrativo italiano, Milano, 1901, pp. 671 e ss.). Peraltro, durante i lavori preparatori, la norma in esame era formulata diversamente: “La cognizione dei richiami contro gli atti di pura amministrazione riguardanti gli interessi individuali e collettivi degli amministrati spetta esclusivamente alle autorità amministrative”: in proposito, v. PUBUSA, Procedimento amministrativo, op. cit. p. 14.

Secondo GUICCIARDI, il legislatore intendeva enunciare una disciplina programmatica di portata generale, e non una norma positiva immediatamente applicabile: “*il legislatore prevedeva dunque un duplice intervento del cittadino in sede amministrativa: l'uno sotto forma di partecipazione (...) l'altro sotto forma di impugnativa (...)*”; tuttavia, la legge del 1865 “*non poteva essere enunciata che in forma generica e programmatica, rinviandone l'attuazione concreta alle varie leggi amministrative speciali*”: “*il ricorso gerarchico veniva senz'altro introdotto come rimedio giuridico generale, mentre quanto all'istruttoria preventiva ci si limitava ad una dichiarazione di massima*” (La giustizia amministrativa, Padova, 1957, pp. 104-105).

²⁵⁸) V. CASSESE, *Il privato, op. cit.*, pp. 46-92.

²⁵⁹) Secondo l'art. 7 del Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e sugli impianti elettrici (regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775), la domanda di nuove concessioni e utilizzazioni relative alle acque pubbliche - quando non è ritenuta inammissibile - viene resa pubblica con ordinanza del Genio Civile; la stessa ordinanza “*stabilisce il termine, non inferiore a quindici e non superiore a trenta giorni, entro il quale possono presentarsi le osservazioni e le opposizioni scritte avverso la derivazione richiesta*”. L'art. 8 prevede che il Genio civile visiti i luoghi interessati e rediga “*una relazione dettagliata su tutta l'istruttoria, mettendo in evidenza le qualità caratteristiche delle varie domande in rapporto*” anche “*alla natura ed attendibilità delle opposizioni*”.

²⁶⁰) Quando l'Amministrazione forestale determina - in ciascun Comune - i terreni che devono essere sottoposti a vincolo idrogeologico, ne precisa i confini su una mappa, destinata a essere inserita nell'albo pretorio - a cura del Sindaco - per 90 giorni; in questo stesso termine, è ammesso reclamo alla Regione contro la proposta di determinazione (artt. 2-4 regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3267, Riordinamento e riforma della legislazione in tema di boschi e di terreni montani).

²⁶¹) Artt. 3-5 legge 25 giugno 1865, n. 2359, abrogata dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità).

al procedimento²⁶², la dottrina ha evidenziato che queste norme avevano una funzione democratica, più che meramente garantistica²⁶³.

In definitiva, il legislatore italiano non ha mai escluso la partecipazione del privato al procedimento amministrativo, neppure durante la formazione dello Stato unitario. Tuttavia, anche nei decenni successivi all'avvento della Repubblica, il Consiglio di Stato ha negato che l'amministrazione fosse tenuta a riconoscere le garanzie partecipative in nome di un principio generale²⁶⁴: più esattamente, la giurisprudenza ha affermato la necessità di assicurare il contraddittorio, ma soltanto con riguardo ad alcune categorie di procedimenti, *in primis* quelli sanzionatori²⁶⁵. Ad ogni modo, la legge n. 241/1990 obbliga le

²⁶²) L'art. 11 dell'attuale Testo unico sulle espropriazioni attribuisce il diritto di presentare osservazioni ai soli "interessati"; gli artt. 15-16, al solo proprietario.

²⁶³) "Tra i vari interessi pubblici, sembra prevalere quello, di ispirazione democratica, a realizzare una partecipazione dei cittadini al processo di formazione della volontà dell'amministrazione (...)": il dato legislativo "dovrebbe escludere che si tratti di norme disposte a fini di tutela perché non si vede quale ragione vi sia di dar luogo anche ad osservazioni di terzi non direttamente interessati e che non si debbono difendere" (CASSESE, *Il privato*, op. cit., p. 51).

²⁶⁴) In un procedimento inerente a "un provvedimento autonomo, con contenuto d'apprezzamento discrezionale" (nel caso di specie, un provvedimento adottato dal Ministero del turismo e dello spettacolo), non "si può parlare di violazione del principio del contraddittorio, poiché tale regola è propria dei procedimenti giurisdizionali, e non anche di quelli amministrativi" (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 9 novembre 1966, n. 762. Conforme: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 5 aprile 1968, n. 252; sentenza 9 novembre 1971, n. 959).

Di conseguenza, nell'ordinamento allora vigente, non esisteva "a carico della pubblica amministrazione (...) un obbligo di contraddittorio con i privati nel procedimento di formazione dei provvedimenti amministrativi". (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 6 luglio 1976, n. 524. Conforme: Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 novembre 1976, n. 1352).

Come fa notare COCCONI, prevalse a lungo "l'interpretazione restrittiva del principio del giusto procedimento", favorita "dalla logica di ispirazione prevalentemente liberale che permeò l'intero dibattito sulla legge di abolizione del contenzioso amministrativo. Secondo questa logica la garanzia del cittadino doveva essere affidata principalmente al successivo sindacato giurisdizionale e non a una tutela intrinseca all'esplicarsi dell'azione amministrativa". (V. *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2010, n. 5, p. 1022).

Questa impostazione è ovviamente connessa alla natura autoritativa dello Stato monarchico unitario, per cui "al modo di essere dell'amministrazione come entità omogenea alla funzione di governo corrisponde così, sul versante delle posizioni individuali, quel rapporto di opposizione e di mutua esclusione fra potere amministrativo e diritti dei singoli" che "è il dato tipico della concezione classica"; "alla questione, come è noto, non si daranno soluzioni sul piano della disciplina dell'attività (né su quello dell'organizzazione), ma sul piano della tutela giurisdizionale" (PASTORI, *Considerazioni introduttive a La disciplina generale*, op. cit., pp. 30-31). Del resto, come si è visto, la Corte Costituzionale ha sempre negato l'esistenza di un vincolo costituzionale che imponesse al legislatore statale la previsione di garanzie procedimentali.

²⁶⁵) V. CASSESE, *Il privato*, op. cit., pp. 125-147.

amministrazioni statali ad acquisire le memorie dei privati interessati; l'ambito di applicazione di questa disposizione si estende a tutti i procedimenti, fatte salve le eccezioni espressamente previste dalla stessa legge²⁶⁶.

2.2 - Garanzie partecipative e legge n. 241/1990.

Com'è noto, la legge generale sul procedimento obbliga l'amministrazione a comunicare l'avvio del procedimento a tutti i soggetti - individuati o individuabili - che possano subire un pregiudizio in virtù del provvedimento finale²⁶⁷. Inoltre, costoro hanno la facoltà di intervenire nel procedimento²⁶⁸ - nonché il diritto di accedere agli atti procedimentali e di presentare memorie scritte²⁶⁹ - al pari delle associazioni e dei comitati che difendono gli interessi

La giurisprudenza ha riconosciuto l'obbligo del contraddittorio anche con riguardo a procedimenti di altra natura. L'art. 17 del regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443 (Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere), pone a carico di chiunque richieda una concessione mineraria le spese relative all'istruttoria; successive circolari del Ministero per l'Industria e il Commercio (su tutte, circolare 12 ottobre 1955, n. 32880232) hanno disposto la necessità del contraddittorio con gli interessati e della motivazione tecnico-amministrativa dei provvedimenti di rigetto. A giudizio del Consiglio di Stato, "*l'accertamento in contraddittorio degli interessati*" è una delle "*fasi procedurali necessarie per i provvedimenti di concessione*" (sentenza 26 giugno 1951, n. 284).

²⁶⁶) Ciononostante, "*si pone ancora il problema (delicatissimo) se*" gli istituti di partecipazione "*siano di applicazione generale, a parte le eccezioni espressamente stabilite dalla stessa legge e quelle successivamente previste da altre leggi (...) ovvero se vi siano provvedimenti che per loro propria natura non possano essere oggetto dell'applicazione degli istituti medesimi*" (CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 429).

²⁶⁷) Art. 7 legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi).

I soggetti che devono essere informati sull'avvio del procedimento possono essere pubblici o privati. Così, devono essere informate "*le Amministrazioni pubbliche che nella specie agiscono non facendo uso dei propri poteri amministrativi, ma in virtù della loro capacità analoga a quella dei privati (...) di opporsi ad altri interessi pubblici (...) suscettibili di ledere le proprie posizioni soggettive (es. Banca d'Italia che si oppone ad un'opera pubblica che investe i propri terreni)*" (MORBIDELLI, *Il procedimento*, op. cit., p. 654).

²⁶⁸) Art. 9 legge n. 241/1990.

²⁶⁹) Art. 10, comma 1, lettera b), legge n. 241/1990.

Con la nozione - "*generica (sta per 'atto')*" - di "*memorie*", "*la norma unifica una tipologia positiva estremamente differenziata sul piano terminologico ribadendo la sostanziale unicità degli atti di parte (...) È così del tutto superata la dicotomia tra osservazioni e opposizioni (secondo la terminologia più diffusa nelle varie leggi di settore)*", rispettivamente in funzione collaborativa e garantistica (CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 427).

diffusi coinvolti nel procedimento. Infine, l'amministrazione può concludere accordi con i privati, al fine di integrare o sostituire il provvedimento finale²⁷⁰.

Peraltro, ogni provvedimento adottato dall'amministrazione deve essere motivato, con riferimento alle ragioni di fatto e di diritto che hanno determinato la decisione (motivazione generica)²⁷¹ e, in particolare, alle memorie presentate dai privati (motivazione specifica)²⁷², sempre che queste siano pertinenti al procedimento.

Insomma, la legge riconosce al privato il potere di intervenire nella formazione di un atto suscettibile di pregiudicarne l'interesse²⁷³, mediante la presentazione di memorie che l'amministrazione deve sempre valutare²⁷⁴. Al contempo, l'esercizio di questo potere può essere ostacolato da alcune disposizioni.

Secondo la legge, un provvedimento adottato in violazione di norme procedurali non è illegittimo, quando la sua natura vincolata avrebbe impedito - in ogni caso - di influenzarne e modificarne il contenuto²⁷⁵. *Idem*

²⁷⁰) Art. 11 legge n. 241/1990.

²⁷¹) Art. 3, comma 1, legge n. 241/1990.

²⁷²) Art. 10, comma 1, lettera *b*), legge n. 241/1990.

Secondo Part. 10-*bis*, quando il procedimento è avviato su istanza di parte, l'amministrazione - prima di adottare un provvedimento negativo - deve comunicare agli istanti i motivi della propria decisione. Ne segue un contraddittorio: gli istanti possono presentare osservazioni entro un termine di dieci giorni; qualora l'amministrazione respinga queste osservazioni, deve motivare questa scelta nel provvedimento finale.

²⁷³) Ma FRANCO esclude che i privati possano intervenire nel procedimento, quando la loro sfera giuridica subisce “*disturbi di entità tanto lieve da non lasciarsi apprezzare sotto il profilo giuridico*” (*Il nuovo procedimento amministrativo commentato*, Padova, 2001, p. 179).

²⁷⁴) “*L'omessa valutazione da parte dell'amministrazione della pertinenza all'oggetto del procedimento delle memorie scritte o dei documenti presentati (...) dai soggetti interessati costituisce un vizio del procedimento quale violazione di legge e comporta l'illegittimità del provvedimento finale emanato*”. (TAR Valle d'Aosta, sentenza 19 febbraio 1997, n. 25). Del resto, “*la partecipazione non deve limitarsi ad un mero simulacro, essendo invece necessario che, proprio nello spirito*” della legge n. 241/1990, “*le memorie, le osservazioni, i documenti e le audizioni dei cittadini incisi dall'adottando procedimento siano stati valutati dall'amministrazione. Tale necessaria valutazione non implica ovviamente che l'amministrazione debba necessariamente accogliere le questioni prospettate dagli interessati; ma è necessario che di tale valutazione vi sia traccia nel provvedimento finale: infatti il giusto provvedimento cui tende la cultura della partecipazione non è quello che accontenti il privato, ma è quello che assicuri l'effettivo conseguimento dell'interesse pubblico, motivando in ordine alle scelte effettuate anche in ragione degli interessi privati in gioco. La partecipazione dunque rifluisce necessariamente nell'obbligo di motivazione, fissato all'art. 3 della l. 241/1990*” (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 22 giugno 2000, n. 3556).

²⁷⁵) Art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, legge n. 241/1990, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15. D'altronde, già prima che intervenisse il legislatore, il Consiglio di

avviene quando l'amministrazione non comunica agli interessati l'avvio del procedimento e dimostra, in sede processuale, che il provvedimento non sarebbe potuto essere diverso²⁷⁶: peraltro, la giurisprudenza tende a imporre al privato l'onere di dimostrare l'utilità della sua - mancata - partecipazione²⁷⁷.

L'efficacia del contraddittorio ne risulta depotenziata²⁷⁸. Tuttavia, se il provvedimento è vincolato e si fonda su elementi di fatto incontrovertibili, il privato non ha - effettivamente - margini per incidere sul suo contenuto²⁷⁹.

Stato aveva affermato che *“il carattere vincolato del provvedimento di espulsione dal territorio nazionale di un cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno esclude la necessità del previo avviso dell'avvio del procedimento”* (sez. IV, sentenza 26 ottobre 1999, n. 1625). Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato aveva ritenuto *“inesatta la tesi che prospetta l'inapplicabilità del citato art. 7 della legge n. 241/1990 agli atti vincolati, giacché la ragion d'essere della partecipazione al procedimento sussiste anche quando i presupposti del provvedimento da adottare, pur se stabiliti in modo preciso e puntuale dalle norme, richiedano comunque un accertamento. Pure in tal caso, infatti, permane l'esigenza, che sta alla base della norma citata, di garantire al privato la possibilità di prospettare fatti e argomenti in suo favore, con maggiore evidenza quando, come nella specie, gli elementi dell'accertamento di fatto sono tutt'altro che pacifici e incontestati”* (sez. V, sentenza 23 aprile 1998, n. 474).

²⁷⁶) Art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, legge n. 241/1990.

²⁷⁷) *“Onde evitare di gravare la p.a. di una probatio diabolica (...) risulta preferibile interpretare la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione”* (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 luglio 2008, n. 3786. *Conformi*: Consiglio di Stato, sez. IV, sentenze 24 dicembre 2008, n. 6554, 15 luglio 2013, n. 3861; sez. V, sentenza 29 aprile 2009, n. 2737; sez. VI, sentenza 4 marzo 2015, n. 1060).

²⁷⁸) In considerazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, *“potrebbe essere incoraggiata una tendenza al venir meno delle garanzie, dalla partecipazione alla motivazione, con il sacrificio della trasparenza e della pubblica controllabilità”*; si assiste alla *“messa in discussione, anche per i provvedimenti discrezionali, della garanzia rappresentata dalla partecipazione”* (CORLETTO, *Vizi 'formali' e poteri del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 78).

Ma cfr. L. FERRARA: premesso che *“non è dato in alcun modo comprendere la ragione dell'indirizzo interpretativo che addossa l'onere della prova sul ricorrente”*, il secondo periodo del comma 2, prevedendo una disciplina speciale per il vizio di omessa comunicazione, denota non l'intenzione di rendere più gravosa la partecipazione, bensì, al contrario, di valorizzarla. *“Consentendo al ricorrente, tanto in presenza di atti vincolati che di atti discrezionali, di dedurre meramente il vizio della partecipazione, il legislatore ha instaurato una sorta di meccanismo presuntivo sull'influenza che ha la partecipazione sul buon esito del procedimento”* (*La partecipazione tra 'illegittimità' e 'illegalità': considerazioni sulla pronuncia dell'annullamento non pronunciabile*, in *Diritto amministrativo*, 2008, p. 120).

²⁷⁹) Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22 maggio 2001, n. 2823. Partendo dalla nozione di *“interesse a ricorrere”*, si è affermato che *“l'illegittimità può essere affermata solo quando la violazione della regola provoca una lesione dell'interesse, ancorché meramente strumentale, perseguito dal ricorrente”*. Di conseguenza, la comunicazione del provvedimento - e, in generale, l'applicazione delle norme in tema di garanzie procedurali - *“dovrebbe diventare superflua quando: - l'adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l'amministrazione; - i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; - il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; -*

A sua volta, la comunicazione di avvio del procedimento è oggetto di una vistosa deroga: può essere omessa, quando lo impongono esigenze di celerità²⁸⁰. Nondimeno, a rigore, questa disposizione non impedisce la partecipazione procedimentale del privato²⁸¹, sempreché questo, malgrado la mancata comunicazione, sia in grado di venire a conoscenza del procedimento e di intervenire. Quando questo non avviene, il provvedimento è illegittimo²⁸². Peraltro, secondo la giurisprudenza, la comunicazione di avvio del procedimento è un principio generale, le cui limitazioni o eccezioni non possono essere oggetto di interpretazione estensiva²⁸³.

l'eventuale annullamento del provvedimento finale (...) non priverebbe l'amministrazione del potere (...) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto". D'altro canto - è appena il caso di evidenziarlo - il provvedimento vincolato è condizionato dalla norma di legge, approvata dai rappresentanti del popolo.

²⁸⁰) Art. 7, comma 1, legge n. 241/1990. Inoltre, l'amministrazione ha facoltà di adottare provvedimenti cautelari prima di comunicare l'avvio del procedimento, ma *cf.* PROIETTI: "è chiaro che dopo l'emaneazione del provvedimento cautelare, il procedimento amministrativo deve riprendere il suo normale corso" e il destinatario dell'atto può nuovamente "contattare e interloquire con l'amministrazione" (*La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Codice, op. cit.*, a cura di M.A. SANDULLI, p. 498).

²⁸¹) *Cfr.* MORBIDELLI, *Il procedimento, op. cit.*, p. 641.

²⁸²) "La comunicazione è superflua (...) quando l'interessato è venuto comunque a conoscenza di vicende che conducono necessariamente all'apertura di un procedimento" (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 18 maggio 1998, n. 836). *Idem* dicasi, secondo la giurisprudenza, quando "il procedimento consegue, con un preciso nesso di derivazione necessaria, da una precedente attività amministrativa già conosciuta dall'interessato" e quando il procedimento consegue a istanza di parte (Consiglio di Stato, sentenza n. 2823/2001). Del resto, "le regole della partecipazione (...) non possono essere interpretate ed applicate in modo formalistico ed acritico, ma vanno lette alla luce" dei principi di "ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza" (sentenza n. 836/1998); pertanto, diventa "indispensabile la individuazione del punto di equilibrio fra le esigenze garantistiche (...) e la necessità di assicurare l'efficace svolgimento dell'attività amministrativa" (sentenza n. 2823/2001). Se ne deduce, a contrario, che la comunicazione non è superflua, quando queste condizioni non si verificano.

²⁸³) L'art. 7 legge n. 241/1990 "esprime un principio generale dell'ordinamento giuridico per cui le limitazioni alla sua osservanza vanno intese in modo rigoroso e restrittivo, e le interpretazioni che ne escludono l'applicazione vanno, di conseguenza, rifiutate se non autorizzate da specifiche norme d'eccezione" (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 gennaio 2007, n. 36).

Inoltre, la giurisprudenza ha affermato che "non basta qualsiasi esigenza acceleratoria per legittimare la deroga al generale obbligo di comunicazione, richiedendosi un'urgenza qualificata, tale da non consentire la suddetta comunicazione, senza che risulti compromesso il soddisfacimento dell'interesse pubblico, cui il provvedimento finale è rivolto" (TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, sentenza 8 ottobre 2001, n. 8271. *Conforme:* TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 6 aprile 2009, n. 3150).

Del resto, l'art. 7 "non ha l'effetto di esentare una categoria astratta di provvedimenti amministrativi, quelli di necessità e urgenza, dall'obbligo di comunicare l'inizio del procedimento, ma impone solo la verifica delle effettive e peculiari ragioni di ogni singolo caso" (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 febbraio 2001, n. 580. *Conforme:* Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 22 aprile 2008, n. 841).

Quando il provvedimento non lede un interesse differenziato, il legislatore non prevede alcuna forma di partecipazione procedimentale a vantaggio del singolo individuo. I portatori di interessi diffusi possono intervenire, ma solo se riuniti in associazioni o comitati; peraltro, l'amministrazione non è tenuta a comunicare a questi soggetti l'avvio del procedimento²⁸⁴. In verità, la dottrina ha osservato che gli interessi diffusi menzionati dalla norma non sono altro che interessi collettivi, riconosciuti in capo a un soggetto giuridico ben determinato, ossia il comitato o l'associazione²⁸⁵. Se ne deduce che la partecipazione delle associazioni e dei comitati è volta al perseguimento dello scopo sociale, cioè di una situazione soggettiva specifica, e non - direttamente - di un interesse diffuso²⁸⁶. Così, si può affermare che le norme generali in tema di partecipazione tutelano la rappresentanza degli interessi diffusi trasformandoli in interessi collettivi; l'intervento procedimentale degli interessi diffusi si traduce nell'intervento delle formazioni sociali, a difesa dei loro interessi differenziati. Del resto, la giurisprudenza ha apertamente affermato che associazioni e comitati possono partecipare al procedimento solo nella misura in cui rappresentano centri di imputazione di interessi individuali e collettivi, per mezzo di un'organizzazione stabile e strutturata, preesistente al momento in cui l'amministrazione ha avviato la sua azione²⁸⁷; inoltre, i gruppi non sono

²⁸⁴) “Non viene riconosciuto l'obbligo, in capo all'amministrazione, di dare comunicazione dell'avvio del procedimento nei confronti delle associazioni e dei comitati esponenziali di interessi diffusi” (TAR Marche, sentenza 11 gennaio 1997, n. 44).

²⁸⁵) “L'art. 9 fa un po'di confusione sul piano terminologico perché contempla invero interessi collettivi e non diffusi ma usa tuttavia quest'ultima nozione (interessi diffusi costituiti in un centro organizzativo sono interessi collettivi e non meramente diffusi)” (CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 345). Cfr. FRANCO (*Il nuovo procedimento*, op. cit., p. 184): gli interessi diffusi di cui all'art. 9 legge n. 241/1990 sono “interessi in qualche modo preesistenti o prefigurabili (anche se apparentemente qualificati come interessi di fatto) suscettibili di essere lesi da un provvedimento”.

²⁸⁶) Cfr. VILLATA: “erroneamente si confondono due entità diverse: l'interesse del gruppo al perseguimento dello scopo sociale, che è una situazione soggettiva protetta, e l'interesse della collettività al godimento di un bene, pur esso garantito, ma direttamente dalla legge” (*Riflessioni*, op. cit., p. 191).

²⁸⁷) L'art. 9 ha “come sua primaria finalità quella (...) di dare giuridica rilevanza ad interessi che non sono riconoscibili in capo a singoli individui” (TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza 20 marzo 2006, n. 2001). La partecipazione richiede “un collegamento a beni individuali e collettivi (condizioni generali di ambiente, integrità del benessere psico-fisico dell'individuo, erogazione di servizi di utilità pubblica) della cui tutela si fanno promotori formazioni sociali munite di struttura organizzativa e

legittimati ad agire in giudizio, quando intendono contestare una decisione amministrativa che non lede un loro interesse differenziato e qualificato²⁸⁸.

Vero che la legge n. 241/1990 consente la conclusione di accordi fra amministrazione e amministrati, il che costituisce una forma di codecisione²⁸⁹. E pure, sembra che il legislatore - che pure ha profuso un notevole sforzo nella tutela del contraddittorio, ancorché parzialmente vanificato da alcune disposizioni e dalla loro interpretazione giurisprudenziale - abbia scarsamente valorizzato la funzione democratica e collaborativa della partecipazione²⁹⁰.

A riprova di questa ipotesi, l'art. 13 della legge n. 241/1990 esclude l'applicazione delle disposizioni inerenti alla partecipazione, quando l'amministrazione non incide su posizioni soggettive immediatamente

caratterizzate da idoneo grado di rappresentatività" (TAR Lazio, Roma, sez. II, sentenza 10 luglio 1996, n. 1394; TAR Puglia, Bari, sez. II, sentenza 7 febbraio 2000, n. 466).

Cfr. MORBIDELLI: "si ritiene (...) che l'azione di tale centro organizzativo debba dispiegarsi con continuità e dunque assumere connotazioni tali da creare in capo ad esso una situazione sostanziale meritevole di protezione, e questo al fine di escludere dalla partecipazione (e dalla successiva legittimazione a ricorrere) le c.d. associazioni di comodo" (Il procedimento, *op. cit.*, p. 655. *Ibid.* è menzionato un orientamento dottrinale preesistente alla legge del 1990, per cui "l'essere una figura soggettiva portatrice di una situazione della vita sul piano sostanziale non implica di per sé la capacità della medesima di arrecare un contributo costruttivo all'esercizio" del potere "destinato ad incidere sulla stessa situazione della vita": CARDI, *La manifestazione*, *op. cit.*, p. 33).

²⁸⁸) Poiché la legge n. 241/1990 "non riconosce di per sé legittimazione processuale a tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano in concreto partecipato al procedimento", resta "rimesso, rispettivamente, all'Amministrazione procedente ed all'Autorità giudiziaria il compito di verificare nel singolo caso se il soggetto interveniente abbia effettiva legittimazione procedimentale e processuale in quanto portatore di un interesse differenziato e qualificato, senza che la valutazione operata in sede di procedimento vincoli quella da rinnovarsi nella sede processuale" (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 22 marzo 2001, n. 1683). La successiva giurisprudenza non menzionerà più la legittimazione procedimentale, limitandosi a negare quella processuale (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 29 febbraio 2002, n. 4343; sez. VI, sentenze 1 febbraio 2007, n. 416, e 25 giugno 2008, n. 3234).

²⁸⁹) L'Adunanza generale del Consiglio di Stato - nell'esprimere il proprio parere in ordine allo schema di disegno di legge che ha preceduto l'approvazione della legge n. 241/1990 - affermò che la disciplina in esame non prevede un mero contraddittorio: "La rubrica del titolo III («contraddittorio nel procedimento amministrativo»), oltre a risultare, sul piano lessicale, più consona al processo che al procedimento amministrativo (meglio sarebbe parlare di «partecipazione» al procedimento), non rispecchia, del tutto, il contenuto delle disposizioni poste sotto tale titolo. E ciò, per la previsione, nell'art. 12, dei c.d. «accordi sostitutivi» (accordi che si muovono in tutt'altra area di quella concernente il c.d. contraddittorio)" (Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 17 febbraio 1987, n. 7, punto n. 13 del considerato).

²⁹⁰) "Nella legge 241, sembra essere stato recepito un modello (unico) di partecipazione, piuttosto orientato in forma garantistica (...) La partecipazione collaborativa, insomma, sembrerebbe estranea alla costruzione legislativa" (FRANCO, *op. e loc. ult. cit.*).

individuabili. Si tratta dei procedimenti finalizzati ad adottare “atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione”²⁹¹; in questi casi, “restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”. Per giunta, l’art. 3 esonera dall’obbligo di motivazione gli atti normativi e a contenuto generale.

2.3 - Garanzie partecipative e atti generali.

Non è chiaro perché gli atti normativi e generali debbano essere sottratti all’applicazione della legge generale del procedimento. D’altronde, lo stesso significato di “atti normativi e generali” sfugge a un significato univoco²⁹².

²⁹¹) Lo stesso articolo (comma 2) esclude l’applicazione del capo III per i procedimenti tributari, ferme restando - di nuovo - le disposizioni di legge che li regolano. *Idem* per i procedimenti di cui al decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8 (Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia), convertito dalla legge 15 marzo 1991, n. 83, e al decreto legislativo 29 marzo 1993, n. 119 (Disciplina del cambiamento delle generalità per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia).

A parere di CERULLI IRELLI (*Corso, op. cit.*, p. 430), “al di là delle deroghe espressamente previste, vi sono alcune categorie di procedimenti ai quali la normativa sulla partecipazione non sembra applicabile. Anzitutto i procedimenti c.d. “segreti” (...) ma si deve ritenere (la questione si fa tuttavia più perplessa) che sussistano” anche “procedimenti a carattere riservato” in cui la comunicazione agli interessati non consentirebbe il raggiungimento dell’interesse pubblico.

²⁹²) Secondo A.M. SANDULLI (*Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, ne *Il Foro Italiano*, 1954, parte IV, pp. 218-221), gli atti normativi corrispondono alle c.d. “fonti secondarie”. Esse sono “tenute all’osservanza” delle fonti primarie, le quali “non possono incidere nella materia costituzionale, ma ciascuna nel proprio ambito possono innovare all’ordinamento preesistente” (A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 15). Tuttavia, “producono nuovo diritto, introducendo modificazioni o completamenti nel sistema normativo preesistente (...) Esse innovano, o completano, il sistema giuridico che regge il corpo sociale”. Rispetto a questa categoria di atti, “non riesce di grave difficoltà (...) la delimitazione dei meri atti amministrativi generali. L’elemento di differenziazione è dato, per definizione, dal fatto che questi - non essendo fonti di produzione giuridica - non hanno carattere innovativo dell’ordinamento (...) Hanno carattere di meri atti amministrativi generali quegli atti di autorità amministrative, che, pur rivolgendosi a una generalità di soggetti - vale a dire a soggetti non individuati né individuabili a priori singolarmente (...) - tendono a soddisfare in concreto specifiche esigenze pubbliche”; a questi atti “manca il carattere dell’astrattezza”; pertanto, non sono destinati a disciplinare “per il futuro una serie indefinita di fattispecie” (a titolo d’esempio, cita “i bandi di concorsi o di gare” oppure “i provvedimenti di apertura, di chiusura o di limitazione della caccia e della pesca”). “La categoria dei provvedimenti amministrativi generali va però delimitata anche nei confronti degli atti plurimi” che “riguardano una pluralità di destinatari” singolarmente identificabili dall’autorità procedente (ad esempio, “gli ordini di leva o di richiamo alle armi” ovvero con “gli ordini dell’autorità di pubblica sicurezza di sciogliere cortei o comizi”). Gli stessi esempi sono riportati da CAMMEO, il quale, però, designa gli stessi atti come “provvedimenti generali”: v. *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in ORLANDO, *Trattato, op. cit.*, vol. III, p. 30).

Il disegno di legge è ispirato a uno schema predisposto da una Commissione nominata dal Presidente del Consiglio dei ministri²⁹³, nel quale erano contenute le stesse garanzie partecipative enunciate dall'attuale legge²⁹⁴, con le medesime eccezioni²⁹⁵. Secondo l'Adunanza generale del Consiglio di Stato - che espresse il proprio parere in merito allo schema²⁹⁶ - era opportuno che l'amministrazione non fosse influenzata da una molteplicità di interessi particolari: pertanto, si è ritenuto che fosse ragionevole esentare gli atti generali dalle norme inerenti al contraddittorio con i privati, al di là delle normative di settore²⁹⁷. Viceversa, l'Adunanza generale espresse un giudizio negativo in

Contro questa classificazione si schierò MORTATI. Egli ritenne “*illusoria*” l'opinione di chi vede nell'innovatività la caratteristica precipua dell'atto normativo: “*il concetto di novità è di natura relativa, sicché*” (tutti) “*i vari atti giuridici possono (...) incidere in misura diversa nella situazione giuridica preesistente ponendosi come (...) fonte immediata di un suo mutamento*”: “*l'atto meramente esecutivo, adempimento di un comando compiuto in tutte le sue parti, da cui esula ogni determinazione volitiva, non appare come atto giuridico, bensì come fatto*”; “*ogni comando giuridico, anche se rivolto alla individualizzazione della regola, è atto di funzione legislativa*” (*Sui limiti della delegazione legislativa*, in *Jus*, 1952, p. 209).

Altri autori negano l'esistenza di una reale differenza fra atti normativi e atti amministrativi generali. “*La distinzione fra atti amministrativi e normativi e atti amministrativi generali è rimasta assai incerta nonostante gli sforzi ad essa dedicati*” (MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997, p. 689). “*Gli atti normativi e gli atti amministrativi generali (...) versano in una condizione di 'interscambiabilità'*”, dal momento che hanno “*uguale efficacia*” (DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, p. 200).

Secondo la Corte Costituzionale, la natura regolamentare di un atto è esclusa “*in primo luogo dalla sua durata limitata nel tempo (...) nonché dal contenuto delle statuizioni che devono essere adottate*” quando “*ne denotano il carattere provvedimentoale, sia pure di carattere generale, in quanto rivolto a soggetti non specificati*” (sentenza 19 maggio 1988, n. 569).

²⁹³) La Commissione era presieduta da NIGRO.

Lo Schema di disegno di legge contenente “*disposizioni dirette a migliorare i rapporti fra cittadino e Pubblica Amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa*” è riportato, nel suo testo provvisorio, in F. TRIMARCHI, *Il procedimento amministrativo*, op. cit., pp. 177-185, nonché in *Quaderni regionali*, Santarcangelo di Romagna, 1984, n. 3, pp. 1339-1356.

²⁹⁴) Schema di disegno di legge cit., testo provvisorio, titolo III, art. 5.

²⁹⁵) Schema di disegno di legge cit., testo provvisorio, titolo III, art. 6.

In seguito a “*rimeditazioni sull'argomento*”, lo stesso NIGRO criticò questa limitazione: affermò testualmente che essa “*non mi trova più d'accordo (...) Le ipotesi escluse dal precetto sono quelle in cui più tipicamente e decisamente si manifesta l'attività di regolazione di interessi e più precisamente di determinazione di assetti di interessi della Amministrazione; (...) proprio in questi casi, quindi, l'istruttoria più completa (...) sembra necessaria*” (*Relazione introduttiva*, in op. ult. cit., p. 24).

²⁹⁶) È il già citato parere n. 7/1987.

²⁹⁷) “*Della disposizione (...) si comprende la ratio: si è voluto sottrarre, per ragioni pratiche, atti di vasta portata e di applicazione generalizzata, alla troppo penetrante ingerenza di una molteplicità di interessati, al di là delle garanzie predisposte dalle singole leggi di settore*” (Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere n. 7/1987, punto n. 19 del considerato).

merito all'esonero degli atti normativi e generali dall'obbligo di motivazione²⁹⁸. Tuttavia, lo stesso schema contemplava anche la c.d. "istruttoria pubblica", finalizzata a consentire l'intervento dei cittadini nella formazione di taluni atti generali o di pianificazione, caratterizzati da un rilevante impatto economico o ambientale: attraverso questo modulo procedimentale, l'amministrazione procedente avrebbe dovuto indire - a monte della scelta finale - una serie di riunioni, al fine di acquisire il parere di tutti i cittadini - singoli o associati - che avessero anche un mero interesse di fatto relativo alla decisione²⁹⁹. Si noti che l'Adunanza generale non formulò alcun giudizio in tema di istruttoria pubblica, il che lascia intendere che questo passaggio sia stato stralciato dallo schema, prima che questo fosse sottoposto al giudizio del Consiglio di Stato³⁰⁰.

Dal dibattito parlamentare, non emerge alcun elemento che consenta di spiegare le eccezioni stabilite dal legislatore in tema di garanzie partecipative³⁰¹:

²⁹⁸) "Delle altre regole contemplate dal secondo comma dell'art. 4, in tema di 'esonero dalla motivazione', mentre non danno luogo a rilievi quelle enunciate alla lettera d), per gli atti normativi non sono condivisibili quelle sub d) (relativamente agli atti a carattere generale), non trova giustificazione (e sembra porsi in contrasto con gli indirizzi giurisprudenziali) la regola che sottrae gli atti generali all'obbligo di motivazione" (Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere n. 7/1987, punto n. 8 del considerato).

²⁹⁹) "L'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la locazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche, che incidano in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio (...) devono essere precedute da istruttoria pubblica. L'istruttoria è facoltativa" per "altri procedimenti di particolare interesse partecipativo. A tal fine l'ufficio procedente, previo pubblico avviso, indice apposite riunioni per l'esame dell'iniziativa. Alle riunioni possono partecipare, oltre i promotori dell'iniziativa, le pubbliche amministrazioni e le organizzazioni sociali di categoria interessate. Tutti coloro che vi abbiano interesse, anche di fatto, possono far pervenire proposte e osservazioni scritte (...)" (Schema di disegno di legge cit., titolo III, art. 7).

³⁰⁰) Anche a questo proposito, NIGRO (*op. ult. cit.*, p. 9) ebbe occasione di dolersi, ipotizzando che la proposta sia "caduta non in Consiglio di Stato, ma prima che il parere fosse chiesto, negli uffici di Palazzo Chigi"; l'eliminazione dell'istruttoria pubblica è "molto grave e priva di valide ragioni", sia perché impedisce all'amministrazione di trarre il "massimo di conoscenze", sia in quanto "rende più largo l'ambito di esenzione di applicabilità" delle garanzie partecipative nei procedimenti generali.

³⁰¹) L'art. 14 del disegno di legge - attuale art. 13 legge n. 241/1990 - fu approvato senza modificazioni né discussioni dalla I Commissione della Camera dei Deputati (seduta del 9 marzo 1989 e, in sede deliberante, seduta del 21 marzo 1990); solo TASSI si oppose all'esclusione dei procedimenti tributari, per cui, in sede deliberante, il suo gruppo (MSI) votò contro l'articolo. La norma conobbe identica sorte nella I Commissione del Senato della Repubblica (seduta del 24 luglio 1990).

anzi, al contrario, alcuni interventi criticarono la dispensa dall'obbligo di motivazione³⁰², rinnovando le perplessità espresse dall'Adunanza generale³⁰³.

Tuttavia, la I Commissione del Senato - che approvò la legge in sede deliberante - si interrogò apertamente sulla definizione degli "atti normativi e generali", benché lo svolgimento di una discussione approfondita sia stato impedito dall'esigenza di giungere alla votazione finale in tempi rapidi³⁰⁴. La I Commissione giunse a un'intesa interpretativa: solo gli atti generali a contenuto normativo devono essere esclusi dall'obbligo di motivazione³⁰⁵. Se questa lettura fosse esatta, allora tutti gli atti amministrativi - compresi gli atti generali - dovrebbero essere motivati; farebbero eccezione soltanto gli atti suscettibili di

³⁰²) G. FERRARA affermò di non comprenderne la ragione (Camera dei Deputati, I Commissione, seduta dell'8 marzo 1989. Ivi RIGGIO - relatore del disegno di legge - sostenne che l'eliminazione del riferimento agli atti normativi e generali non avrebbe posto alcun "problema dal punto di vista teorico").

ACONE - relatore del disegno di legge presso la I Commissione del Senato - ritenne opportuno distinguere fra atti normativi e atti generali, ritenendo che i secondi dovessero soggiacere all'obbligo di motivazione (Senato della Repubblica, I Commissione, seduta del 4 luglio 1990).

Successivamente, lo stesso ACONE ribadì che "l'obbligo di motivazione è una conquista che (...) va esclusa solo nei casi in cui è strettamente necessario", dal momento che "l'articolo 3 è una delle norme fondamentali di questo disegno di legge, perché specifica un obbligo che è costituzionale non solo per la pubblica amministrazione, ma anche per il giudice". Diversamente, GASPARI - Ministro pro tempore della funzione pubblica - escluse l'obbligo di motivazione dell'atto generale, inteso come "non riferibile ad un interesse particolare di un singolo cittadino"; al contempo, asserì che quando "l'atto tocca l'interesse di un singolo ben delimitato, che può essere anche parte di una grande comunità, indubbiamente deve essere motivato" (a titolo di esempio, citò il piano regolatore di Roma): così, il ministro giustificò la differenza letterale fra l'art. 3 e l'art. 13, che menziona apertamente gli atti di pianificazione e di programmazione. (Senato della Repubblica, I Commissione, seduta del 19 luglio 1990).

³⁰³) Il parere dell'Adunanza generale fu espressamente richiamato da ACONE (seduta ult. cit.).

³⁰⁴) Prevalse l'esigenza di approvare il disegno di legge in sede deliberante, evitandone la rimessione alla Camera per la seconda lettura: così, si omise di chiarirne alcuni aspetti oscuri. Secondo GASPARI era "opportuno sacrificare l'esigenza di rifiniture tecniche ad alto livello a vantaggio del cittadino" (Senato della Repubblica, I Commissione, seduta del 31 luglio 1990).

³⁰⁵) L'art. 3 fu messo ai voti e definitivamente approvato dal Senato sulla base di una "intesa interpretativa", a partire da una proposta di ACONE. "Ci sono atti che hanno solo il contenuto normativo; sono classificabili tra gli atti generali, che possono essere, secondo la distinzione operata da Sandulli, atti generali a contenuto normativo e a contenuto non normativo (...) A mio parere l'interpretazione da dare a questo articolo è che gli atti a contenuto generale di cui al comma 2 vanno identificati come atti generali a contenuto normativo". (Senato della Repubblica, I Commissione, seduta del 19 luglio 1990).

produrre un'innovazione nel sistema giuridico, al punto di essere iscritti fra le fonti di produzione³⁰⁶.

2.4 - Il (possibile) significato degli artt. 3 e 13.

Il dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione della legge n. 241/1990 non ha sciolto le ambiguità relative agli artt. 3, comma 2, e 13. Non è chiaro cosa abbia spinto il legislatore a prevedere simili eccezioni.

A questo proposito, è necessario un esame della giurisprudenza e della dottrina, al fine di verificare l'esistenza di una valida ragione per escludere la previsione di garanzie partecipative in questo tipo di procedimenti.

Innanzitutto, la diversa formulazione degli artt. 3 e 13 è fonte di confusione. La partecipazione alla formazione degli atti generali non è disciplinata dalla legge n. 241/1990, ma - in sé - non è esclusa, stante il rinvio alla *lex specialis*³⁰⁷; addirittura, parte della giurisprudenza sostiene che, in assenza di disposizioni settoriali, la dispensa stabilita dall'art. 13 non si applichi, e che, in questi casi, la partecipazione procedimentale debba essere assicurata secondo le norme previste per la formazione dei provvedimenti singolari³⁰⁸. Al contrario, la

³⁰⁶) Il richiamo dottrinale operato da ACONE - che ha apertamente citato A.M. SANDULLI - induce a trarre questa conclusione. Cfr. SCARCIGLIA: "L'esclusione degli atti amministrativi generali 'a contenuto non normativo' non appare convincente", sulla base della "espressa scelta del legislatore" che emerge "dalla lettura dei lavori preparatori" (*La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999, p. 240). *Contra*, ANDREANI: l'art. 3 si applica a tutti gli atti generali, e l'estensione della norma "probabilmente - ma solo probabilmente - è determinata (...) dalla esigenza pratica di evitare complicazioni interpretative e di applicazione derivante dalla frequente incertezza di confini fra atti amministrativi normativi e atti amministrativi generali non normativi". (*Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, p. 29)

³⁰⁷) DELLA CANANEA esclude "che la dispensa stabilita dalla legge esima dall'intervento a fini partecipativi i procedimenti per i quali esso fosse già previsto" (*Gli atti*, op. cit., p. 271). Ma FRANCO lascia intendere che il rinvio alle normative di settore riguardi soltanto la formazione degli atti di pianificazione e programmazione (*Il nuovo procedimento*, op. cit., p. 280).

³⁰⁸) Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 9 gennaio 2008, n. 30. "La ratio dell'art. 13 (...) è quella di evitare duplicazione di forme partecipative già previste da disposizioni speciali, con l'effetto che laddove forme specificamente previste dalle singole normative di settore non ve ne siano non si applica l'ipotesi di esclusione di cui all'art. 13".

disposizione che non prevede l'obbligo di motivare gli atti generali è priva di qualsiasi riferimento ad altre norme.

In realtà, giurisprudenza e dottrina escludono che la legge vieti l'obbligo di motivazione³⁰⁹. Inoltre, come si vedrà, non mancano esempi concreti in cui il legislatore e la giurisprudenza hanno imposto questo dovere all'amministrazione precedente. Infine, c'è chi ritiene che gli artt. 3 e 13 si applichino nel medesimo ambito³¹⁰. E pure, il drastico tenore letterale dell'art. 3 può indurre a ritenere che l'obbligo di motivazione sia del tutto escluso, e che il legislatore non si sia limitato a non prevederne l'imposizione.

Secondo la dottrina, gli atti amministrativi - indipendentemente dalla loro qualificazione formale - non devono essere esentati dall'obbligo di motivazione, salvi i casi in cui il potere pubblico non è esercitato nei confronti di soggetti individuati o individuabili³¹¹. Sulla base di questo assunto - avallato dalla giurisprudenza³¹² - l'amministrazione non è tenuta a motivare l'atto, quando non è pregiudicata alcuna posizione soggettiva³¹³.

³⁰⁹ “La norma non impone, ma certamente non vieta, la motivazione” (COCCONI, *L'obbligo di motivazione*, op. cit., p. 713; CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice*, op. cit., a cura di M.A. SANDULLI, p. 390). D'altra parte, le fonti secondarie possono sempre e comunque essere - se non motivate - almeno giustificate, richiamando la fonte primaria che ne ha ispirato i principi e criteri direttivi: v. SCARCIGLIA, op. ult. cit., p. 233.

³¹⁰ “L'ambito di operatività delle dispense sancite dagli articoli 3 e 13 è il medesimo” (DELLA CANANEA, op. ult. cit., p. 275). “Laddove manchi un obbligo strutturato” viene meno, o risulta “fortemente attenuato, l'obbligo di motivazione” (CARDARELLI, op. e loc. ult. cit.).

³¹¹ “L'assenza di una nozione positiva di provvedimento nel nostro provvedimento” non consente “una rigorosa distinzione tra categorie di atti e loro contenuto (...) La conseguenza è che il legislatore abbia voluto esentare dall'obbligo di motivazione tutti quegli atti che non abbiano contenuto provvedimentale in senso stretto, riferendosi genericamente ai caratteri della normatività (...) e della generalità (...) ma non escludendo affatto che, indipendentemente dall'involucro formale dell'atto, vi possano essere casi in cui l'esercizio del potere pubblico si determini alla stregua del concreto provvedere”: per cui, il legislatore “non esclude affatto (...) che vi possano essere atti amministrativi generali a contenuto normativo”; un potere “esercitato ai fini dell'applicazione concreta ad una fattispecie determinata ed in funzione di una platea di destinatari individuabili”, implica sempre “l'esternazione della motivazione” (CARDARELLI, op. ult. cit., pp. 386-387, v. altresì la dottrina ivi riportata).

³¹² “L'art. 3 comma 2 l. 7 agosto 1990 n. 241, nella parte in cui esclude l'obbligo di motivazione per gli atti amministrativi generali dev'essere inteso in coerenza con il sistema in cui, al momento dell'entrata in vigore di detta legge, l'obbligo di motivazione già viveva, ad opera della giurisprudenza, in relazione alla natura degli atti, non essendo persuasiva l'ipotesi che il legislatore, proprio nel quadro della legge istitutiva del giusto procedimento amministrativo, abbia voluto sopprimere indiscriminatamente la garanzia della motivazione per atti, come quelli a contenuto generale, che pure incidono su situazioni soggettive dei singoli” (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 giugno 2001, n. 475. Conformi: TAR Friuli Venezia-Giulia, sentenza 22 giugno 2004, n. 291; TAR Lombardia, Milano, sez.

Del resto, molti autori identificano nella motivazione un mero strumento funzionale al controllo giurisdizionale³¹⁴. Le conseguenze sono evidenti. Se un atto non è immediatamente lesivo di un mero interesse individuale, allora - di norma - non è direttamente impugnabile³¹⁵. Se la motivazione non è finalizzata che alla tutela processuale, allora la motivazione dell'atto generale è inutile. Se esiste - come esiste - un parallelismo fra motivazione obbligatoria e garanzie partecipative, e se, escludendo la prima, si accetta di attenuare le seconde, allora si deve ammettere che l'intervento dei cittadini non è necessario, se il procedimento non è finalizzato a incidere nella sfera giuridica di uno o più individui³¹⁶.

I, sentenza 10 gennaio 2012, n. 53). “*La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli di contenuto generale (tranne i casi individuati dalla giurisprudenza, nei quali è esigibile una specifica motivazione in ragione della immediata e diretta incidenza su specifiche posizioni giuridiche)*” (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 11 marzo 2014, n. 3568). “*Gli atti generali*” non sfuggono “*ad un sia pur minimo onere di motivazione qualora pongano regimi in tutto o in parte differenziati per certe categorie di destinatari rispetto ad altri*” (TAR Lazio, Roma, sez. II, sentenza 2 luglio 2009, n. 6376).

³¹³) “*Posto che sia corretto concepire in modo univoco la motivazione come strumento di garanzia delle situazioni soggettive, che i provvedimenti sono abilitati a comprimere, ciò conduce logicamente a ritenerla non indispensabile allorché le decisioni adottate non abbiano attitudine a ledere specifiche situazioni soggettive, perché assumono la forma di precetti generali e astratti (...) Di conseguenza, se è principio generale che il destinatario di una decisione abbia la possibilità di intervenire nel procedimento di formazione della decisione, il carattere cogente del principio si attenua man mano che la decisione perde valenza individuale*” (DELLA CANANEA, *op. ult. cit.*, p. 276. Cfr. TRIBÈ, riportato *infra*).

³¹⁴) “*L'esenzione degli atti amministrativi generali dall'obbligo di motivazione (...) deriva dalla concezione per cui la motivazione è funzionale, anzitutto, al sindacato giurisdizionale del provvedimento*”. “*L'indeterminabilità a priori dei destinatari*” si riflette sulla “*effettiva capacità lesiva*” degli atti generali “*e sul conseguente regime di impugnazione*” (COCCONI, *La motivazione*, *op. cit.*, p. 711).

³¹⁵) “*Gli atti amministrativi generali, laddove non contengano delle disposizioni astratte, sono sempre idonei a ledere immediatamente le situazioni giuridiche soggettive dei destinatari, a prescindere da un eventuale atto applicativo. In questa prospettiva gli atti amministrativi generali sono immediatamente impugnabili*”; viceversa, se l'atto generale contiene “*delle prescrizioni volte ad indirizzare la futura azione dell'amministrazione, è necessario un atto dell'amministrazione affinché le disposizioni contenute nel primo possano incidere le situazioni dei destinatari*” (M.C. ROMANO, alla voce *Atti amministrativi generali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Milano, 2006, p. 495).

³¹⁶) Del resto, parte della dottrina giunge apertamente a questa conclusione. “*La ratio sottostante*” agli artt. 3 e 13 “*è la medesima. Si tratta*” soltanto “*di assicurare che agli interessati sia consentito influire sul procedimento dal quale derivino decisioni idonee ad arrecare pregiudizio alle situazioni protette che essi vantano in ordine ai vari beni della vita, cioè alle decisioni individuali*” (DELLA CANANEA, *op. ult. cit.*, p. 275); per lo stesso Autore, gli atti generali - sempre in quanto non suscettibili di ledere situazioni protette e, dunque, di essere “*equiparati agli altri atti amministrativi*” - non devono essere motivati ma, semmai, giustificati, con l’“*esternazione dei presupposti e delle altre indicazioni che (...) l'atto offra ai fini delle circostanze in cui l'autorità pubblica ha agito e dei fini che abbia inteso perseguire*” (*op. ult. cit.*, pp. 278 e 310). “*Nel caso dei procedimenti normativi (...) le esigenze della partecipazione non sussistono (...) l'esclusione dei regolamenti dall'ambito di applicazione della legge sta a significare che per essi quella partecipazione non*

Tuttavia, se si accogliessero queste conclusioni, la partecipazione si ridurrebbe a mero contraddittorio, e la sua funzione democratica risulterebbe sminuita. In realtà, se l'obbligo di motivazione è imposto dall'esigenza di far emergere tutti gli interessi coinvolti dalla decisione pubblica, questi interessi sussistono anche quando i loro titolari non possono farli direttamente valere in giudizio³¹⁷.

Diversamente dall'art. 3, l'art. 13 della legge sul procedimento amministrativo non esclude che la partecipazione sia oggetto di disciplina con riguardo a tutti i procedimenti. Nondimeno, questa interpretazione dell'art. 13 non è scontata; secondo parte della dottrina, è effettivamente opportuno evitare che il pubblico partecipi all'emanazione degli atti generali.

Il Consiglio di Stato ha affermato che, se l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento fosse esteso alla formazione degli atti generali, l'azione amministrativa subirebbe "*rallentamenti e paralisi*"³¹⁸. Tuttavia - premesso che la comunicazione di avvio costituisce solo un aspetto, per quanto imprescindibile, della partecipazione procedimentale - questo inconveniente pratico può trovare rimedio: infatti, la stessa legge n. 241/1990 prevede che siano utilizzate idonee forme di pubblicità, quando il numero di destinatari è particolarmente elevato.

Alcuni autori sostengono che l'intervento dei cittadini nella formazione di un atto generale impedisca la piena realizzazione del principio di imparzialità: poiché l'atto generale è, già in se stesso, manifestazione di imparzialità³¹⁹ - per il

serve" (F. TRIMARCHI BANFI, *Questioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, Bologna, 1993, p. 137).

317) In questo senso, si accolgono le conclusioni di COCCONI (*op. ult. cit.*, p. 740) e non si esclude affatto che esse siano valide per tutti gli atti generali, ivi compresi quelli normativi: "*l'obbligo di motivazione dovrebbe applicarsi a tutti gli atti conclusivi di procedimenti generali in cui si riscontri una pluralità e diversità di interessi destinati a confluire nel procedimento e l'esigenza di acquisire e selezionare tali interessi secondo criteri di equità e ragionevolezza*".

318) "*Il principio di comunicazione dell'avvio del procedimento non trova applicazione nei confronti degli atti amministrativi generali (...) il principio della massima partecipazione procedimentale deve essere temperato con l'esigenza dell'amministrazione di concludere procedimenti di tipo organizzatorio e di portata generale senza rallentamenti e paralisi imposti dal generico obbligo di comunicazione di avvio del procedimento*" (Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 31 maggio 2003, n. 3037).

319) "*Mediante lo strumento del provvedimento generale, sono assicurate l'identica disciplina di un'intera serie di fattispecie omogenee e l'uniforma valutazione degli interessi (...) il provvedimento generale, riflettendo il principio di eguaglianza o di imparzialità cui deve ispirarsi l'attività delle autorità*

solo fatto di rivolgersi, almeno potenzialmente, alla collettività - allora la stessa presenza delle parti private nella sua formazione ne snatura inevitabilmente la funzione³²⁰. In realtà, stante la distinzione - introdotta nel primo capitolo - fra partecipazione al potere e produzione del potere, la presenza dei privati non impedisce all'amministrazione di assumere autonomamente una decisione imparziale nell'interesse pubblico. Semmai, sarebbe violato il principio di imparzialità - e la stessa legittimità democratica della decisione sarebbe inficiata - se la partecipazione dei privati nella formazione dell'atto generale non consistesse nella mera presentazione di memorie, bensì nella conclusione di un accordo integrativo o sostitutivo dell'atto finale: in questo caso, un atto efficace nei confronti della collettività sarebbe manifestazione della volontà espressa da quei cittadini che hanno voluto - o potuto - raggiungere un accordo con l'autorità pubblica, e così sarebbe anche se questi rappresentassero la minoranza delle persone interessate dall'atto, o, addirittura, la minoranza dei cittadini intervenuti nel procedimento³²¹.

Talora, si è affermato che la partecipazione popolare alla formazione degli atti generali è incompatibile con un regime ispirato alla democrazia rappresentativa, nel quale gli organi politici - legittimati dal voto - sono gli unici soggetti titolati a esercitare un potere di indirizzo sulle decisioni amministrative³²². In effetti, la

pubbliche, vale per la migliore tutela delle situazioni soggettive private" (SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963, pp. 63-64).

320) *"La struttura stessa dell'atto amministrativo generale, in quanto direttamente applicativo di norme giuridiche, ovvero perché incide su una serie indefinita di fattispecie identiche, mal si concilierebbe con l'intervento di eventuali portatori di interessi da far valere nella fase pre-costitutiva dell'atto. Sarebbe da ricollegare, quindi, alla stessa struttura 'generale' dell'atto l'esclusione di forme partecipative, in modo che venga assicurata la migliore e più efficace garanzia affinché l'esercizio della funzione esecutiva della legge sia svolta in modo imparziale"* (CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, p. 98).

321) Cfr. ARGENIO: occorre tenere in considerazione *"la posizione dei terzi i quali essendo rimasti estranei all'accordo"*, i quali *"non dovrebbero, in base ai principi, subire pregiudizio alla tutela che ad essi compete, e che si esercita anche con il sindacato sull'uso del potere discrezionale"* (*L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Consiglio di Stato*, Roma, 1992, vol. II, p. 345).

322) *"Il principio rappresentativo, che permea la disciplina costituzionale delle istituzioni repubblicane delineata nella Carta fondamentale (...) costituisce il modello essenziale dei rapporti dei cittadini"* con l'autorità. *"La stessa concezione di democrazia rappresentativa (...) comporta che le funzioni affidate agli organi politici"* - dello Stato, ma anche degli altri enti territoriali - *"sono tendenzialmente sottratte alla disponibilità delle comunità sottostanti, per essere affidate alla funzione di governo, come se fosse stata prevista una sorta di 'riserva di indirizzo' a carico degli organi rappresentativi,*

Costituzione conferisce al solo Parlamento il potere di incidere sull'indirizzo politico del Governo, attraverso la mozione di fiducia³²³. Come si è già evidenziato, l'esercizio della sovranità popolare non si esaurisce nel momento elettorale, e la partecipazione alle decisioni di un organo deve essere assicurata anche quando questo è stato già legittimato dal voto; al contempo, bisogna osservare che in Parlamento - a differenza di quanto avviene nel Governo e nell'amministrazione - sono presenti gli esponenti di tutti i partiti politici, i quali, secondo la Costituzione, rappresentano lo strumento privilegiato per consentire ai cittadini di determinare la politica nazionale. Tuttavia, questo argomento può essere accolto³²⁴ soltanto nella misura in cui l'atto amministrativo esprime, appunto, un'attività di indirizzo politico: com'è noto, questa prerogativa è esclusiva degli atti politici³²⁵ e degli atti di alta amministrazione³²⁶, sempre che non si tratti di atti puntuali; sicché, risulta

sulla quale non può incidere il corpo elettorale se non nel momento del rinnovo del mandato dei propri rappresentanti? (CASTORINA, *op. ult. cit.*, p. 101).

Secondo ANDREANI, la dispensa degli atti generali a carattere normativo dall'obbligo di motivazione ha un fondamento "evidente", che "si innesta sulla opinione storicamente consolidata dell'esclusivo fondamento 'politico' degli atti normativi degli organi elettivi" (*v. Idee, op. cit.* p. 28). A questo proposito, l'Autore cita CARETTI (alla voce *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XXII, p. 5). Questi, in effetti, giustifica l'esenzione delle leggi dall'obbligo di motivazione, nonostante non tragga analoghe conclusioni in merito agli atti normativi adottati da organi non elettivi: infatti, alla motivazione obbligatoria delle leggi si oppone "la natura stessa dell'attività legislativa, concepita tradizionalmente come massima espressione della volontà popolare, che ha voce attraverso il Parlamento, e come tale libera nella scelta dei fini che si propone di raggiungere".

323) La dottrina è unanime nel qualificare la mozione di fiducia come strumento di indirizzo politico nei confronti del Governo (MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2001, p. 259; GIANNITI-LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2008, p. 174; CICCONE, *Diritto parlamentare*, Torino, 2010, p. 213; MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano, 2010, p. 288).

324) Ma MANETTI avverte che "gli indirizzi che le Assemblee ritengano di esprimere a correzione di quello governativo, con propri atti politici, sono egualmente subordinati alla volontà e alla correttezza del Governo nell'attuarli" (*Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, p. 207).

325) Questa categoria di atti è stata definita dalla dottrina a partire dall'art. 24 legge 31 marzo 1889, n. 5992 (legge istitutiva della sez. IV del Consiglio di Stato, oggi *v. art. 7*, comma 1, codice del processo amministrativo): non sono impugnabili "gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". Tuttavia, "di questa categoria di poteri (...) si è fatta in giurisprudenza un'applicazione così ridotta (...) da risultare quasi inesistente", sicché "nessun atto può essere considerato, nel vigente ordinamento, 'atto politico'" (CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti 'di alta amministrazione'*, in *Diritto pubblico*, Bologna, 2009, pp. 116 e 121).

326) Questi atti sono "considerati l'anello di collegamento tra indirizzo politico e attività amministrativa in senso stretto e soggetti alla legge e al sindacato giurisdizionale" (CASETTA,

ingiustificata l'esclusione dell'intervento popolare nei procedimenti relativi a tutti gli altri atti generali³²⁷.

In virtù di queste premesse, non sussiste alcun elemento che impedisca la partecipazione dei cittadini alla formazione degli atti generali. Possono essere sollevati dubbi soltanto in ordine alla conclusione di accordi fra amministrazione e privati. Inoltre, sorgono alcune perplessità anche in merito all'intervento dei cittadini nei procedimenti che conducono all'adozione degli atti di alta amministrazione³²⁸; si può pervenire ad analoghe conclusioni con riguardo agli atti di indirizzo e controllo approvati dai Consigli comunali³²⁹.

Pertanto, se, davvero, la legge escludesse la partecipazione popolare nell'adozione degli atti amministrativi generali, sarebbe irragionevolmente escluso il ricorso a moduli procedurali che - vale la pena ribadirlo - concorrono a realizzare alcuni fra i principi affermati dalla Costituzione.

Se, viceversa, non si vuole giungere a una simile conclusione, allora non resta che intendere sia l'art. 13, sia l'art. 3, come meri rinvii alla *lex specialis*, la cui ragione risiede esclusivamente nell'inopportunità di assoggettare a una

Compendio di diritto amministrativo, Milano, 2009, p. 18). Questa imposizione è dominante in dottrina (CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. 122). *Contra*, NIGRO: “per la multiformità dell'attività politica, non esiste un atto politico e di governo nel senso proprio e preciso di un atto tipico nel contenuto e nella forma” (L'azione dei pubblici poteri, in AMATO-BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, pp. 812-813).

327) Come nota DELLA CANANEA, “gli atti amministrativi generali valgono a esprimere indirizzi, ma non sono necessariamente adibiti a questo compito” (Gli atti, *op. cit.*, p. 370). Del resto, non tutti gli atti di alta amministrazione sono atti generali: CERULLI IRELLI menziona gli “atti puntuali ascrivibili alla direzione politica dell'amministrazione, segnatamente in ordine alla gestione dei rapporti d'ufficio”, nonché quelli “nei quali, dati gli interessi coinvolti, l'indirizzo politico amministrativo si esprime direttamente, cioè in diretta applicazione della legge” (*op. ult. cit.*, p. 133).

328) Ma *cfr.* CUGURRA: la proceduralizzazione dell'attività di alta amministrazione - “costituita da un insieme di comportamenti, in larga misura di carattere informale, sulla base dei quali si perviene all'emanazione di un provvedimento di indirizzo amministrativo” - consentirebbe di “fare apparire all'esterno quali centri di riferimento di interessi concorrenti effettivamente alla determinazione del contenuto del provvedimento d'indirizzo amministrativo”, contribuendo alla trasparenza dell'azione amministrativa (L'attività di alta amministrazione, Padova, 1972, p. 322).

329) *Cfr.* COEN, laddove teme che il referendum consultivo comunale comporti il “trasferimento della decisione politica da un soggetto (l'amministrazione comunale) ad un altro (il corpo elettorale), senza che però a questo trasferimento di fatto corrisponda alcuna imputazione formale”; ne deriverebbe l'effetto collaterale di “deresponsabilizzare gli organi rappresentativi” (Consultazioni popolari e referendum comunale, in *Regioni e Governo locale*, 1986, p. 48).

disciplina unitaria i procedimenti inerenti agli atti amministrativi generali, in virtù dell'eccessiva eterogeneità che caratterizza questa categoria di atti³³⁰.

3 - Partecipazione amministrativa e ordinamento regionale.

Gli statuti delle Regioni contenevano disposizioni inerenti alla partecipazione amministrativa già negli anni settanta del secolo scorso³³¹.

Attualmente, lo Stato ha la potestà legislativa esclusiva in materia di “*ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli altri enti pubblici*”³³². Pertanto, la legge n. 241/1990 non riguarda che i procedimenti di pertinenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali; le Regioni regolano con proprie leggi i procedimenti amministrativi di propria competenza³³³.

Al contempo, nonostante la revisione costituzionale del 2001 abbia rafforzato i poteri delle Regioni, alcune norme della legge generale sul procedimento si applicano ancora in tutte le pubbliche amministrazioni³³⁴.

In particolare, le garanzie procedurali previste dalla legge statale costituiscono principi generali ai quali i legislatori regionali devono adeguarsi³³⁵.

330) Se la questione in esame deve “*essere disciplinata in modo proprio e distinto, ciò “non significa che si propenda per una normativa unitaria estesa all’intera (non definita) categoria dei procedimenti di massa, potendosi ben ipotizzare regolamentazioni procedurali differenziate in rapporto alle diverse ipotesi normative (ad es. distinguendo i procedimenti di piano; gli atti normativi; gli atti amministrativi generali e così via; ovvero seguendo altri diversi criteri)”* (PERICU, *I procedimenti di massa, ne Il procedimento amministrativo*, a cura di F. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 96). “*La dispensa*” di cui all’art. 13 “*è giustificata dalla notevole differenziazione dei procedimenti amministrativi volti all’adozione degli atti generali, ai quali mal si addice una disciplina uniforme (...) proprio perché la struttura dei procedimenti è modellata sui molteplici interessi che acquistano rilievo nella sfera pubblica, la diversificazione sia nella logica delle cose e risulti - anzi - indispensabile ai fini della migliore cura degli interessi*” (DELLA CANANEA, *op. ult. cit.*, pp. 271 e 311).

331) *Cfr.*: art. 53 legge 3 maggio 1971, n. 140, st. Veneto; art. 5 legge 9 novembre 1990, n. 336, st. Regione Emilia-Romagna; entrambe le leggi sono state abrogate dagli statuti vigenti. Alcune norme regionali prevedevano l’iniziativa popolare, oltre che per le leggi, anche per gli atti amministrativi generali, *v.*: legge regionale dell’Umbria 10 luglio 1972, n. 4; legge regionale dell’Emilia-Romagna 23 gennaio 1973, n. 7. Le leggi in questione sono state abrogate nel 1997. Sull’argomento, *v.* BERTI (*La parabola, op. cit.*, pp. 1 e 6-8), che ritiene “*deludente*” il risultato della normativa regionale.

332) Art. 117, comma 2, lettera g), Cost.

333) Art. 29, commi 1-2, legge n. 241/1990, e successive modifiche.

334) Art. 29, comma 1, legge n. 241/1990, e successive modifiche. Trattasi degli artt. 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché del capo IV-bis.

335) Art. 29, comma 2, legge n. 241/1990, e successive modifiche.

Le Regioni non dispongono che di due alternative: attenersi pedissequamente al contenuto della legge statale; adottare norme di dettaglio che non contrastino con la legge statale³³⁶. In ogni caso, secondo la legge n. 241/1990, il legislatore regionale non può stabilire garanzie procedurali meno intense rispetto a quelle stabilite dalla legge statale, in quanto queste costituiscono un livello essenziale di prestazione, e quindi - a norma di Costituzione - rientrano in una materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato³³⁷. Al più, la legge regionale può prevedere garanzie ulteriori³³⁸, approvando norme che assicurano tutele aggiuntive a vantaggio dei privati.

3.1 - Partecipazione alla formazione degli atti amministrativi.

Nella maggior parte delle Regioni, la partecipazione è garantita da norme ordinarie e, in molti casi, anche da previsioni statutarie³³⁹. I privati possono intervenire nella formazione dei provvedimenti amministrativi singolari - presentando memorie o osservazioni - e concludere accordi con

³³⁶) V. SGUEO, *Modelli di partecipazione alle procedure di regolazione generale su scala regionale*, in *Quaderni regionali*, 2009, n. 2, p. 385.

³³⁷) Art. 29, commi 2-bis/ter, legge n. 241/1990. Vi rientrano le disposizioni “*concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell’interessato al procedimento, di individuare un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l’accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti*” e quelle inerenti al silenzio-assenso. Come osserva COCCONI, questa scelta del legislatore concorre a qualificare la partecipazione procedimentale come un “diritto civile”, al quale corrispondono degli “obblighi” per la P.A. (*Il giusto procedimento*, *op. cit.*, p. 1038).

³³⁸) Art. 29, comma 2-quater, legge n. 241/1990, e successive modifiche.

³³⁹) V.: art. 49, comma 1, st. Calabria; art. 51, comma 2, st. Lazio; art. 9, comma 2, st. Lombardia; art. 45, comma 2, lettera c) st. Marche; art. 51, commi 2 e 3, st. Molise; art. 58, comma 2, st. Piemonte; art. 51, comma 1, lettera c) st. Puglia. Cfr. SGUEO, *op. ult. cit.*, p. 385.

L’art. 11, comma 2, st. Campania si limita ad affermare che “*le attività legislative e amministrative sono informate al principio della partecipazione dei cittadini*” e “*delle formazioni sociali*”. L’art. 65, in tema di procedimento amministrativo, contempla solo il diritto d’accesso agli atti (comma 2) e la loro motivazione obbligatoria (comma 3), che tuttavia - si badi - non ammette eccezioni per gli atti generali.

La proposta per il nuovo statuto della Basilicata (proposta di legge regionale 17 dicembre 2014) assicura a tutti i privati interessati la partecipazione al procedimento; inoltre, prima che il provvedimento sia adottato, la sua motivazione deve essere sempre comunicata agli interessati (art. 56).

l'amministrazione³⁴⁰. Alcune Regioni assicurano persino garanzie aggiuntive rispetto alla legge statale³⁴¹.

In Toscana, le norme statutarie³⁴² impongono anche la motivazione per tutti gli atti amministrativi³⁴³ e normativi, inclusi i regolamenti e persino le leggi³⁴⁴.

³⁴⁰) V.: art. 4 legge regionale della Basilicata 23 aprile 1992, n. 12; capo IV legge regionale della Liguria 25 novembre 2009, n. 56; capo IV legge regionale del Piemonte 14 ottobre 2014, n. 14. V., altresì, capo IV 16 regolamento regionale della Puglia 4 giugno 2015, n. 13 (Regolamento per la disciplina del procedimento amministrativo).

Per le Regioni a statuto speciale - i cui statuti, antecedenti alla revisione costituzionale del 2001, non menzionano la partecipazione - v.: capo III legge regionale del Friuli-Venezia Giulia 9 marzo 2000, n. 7; titolo III legge regionale della Sicilia 30 aprile 1991, n. 10; capo IV legge regionale della Valle d'Aosta 6 agosto 2007, n. 19. Cfr. capo III legge provinciale di Bolzano 22 ottobre 1993, n. 17.

L'art. 7, comma 7, legge regionale delle Marche 31 ottobre 1994, n. 44, si limita a richiamare i diritti di cui all'art. 9 legge n. 241/1990. In Veneto, la partecipazione al procedimento è richiamata dalla legge regionale 10 gennaio 1997, n. 1 (Ordinamento delle funzioni e delle strutture della Regione) all'art. 29, ove si identificano i "soggetti interessati" - sono gli stessi della legge n. 241/1990 - ma non sono specificati i loro diritti e le loro facoltà.

³⁴¹) In Lombardia, in Sardegna e nel Lazio gli interessati hanno il diritto di presentare memorie e osservazioni, ma anche di assistere alle ispezioni e agli accertamenti necessari, nonché di essere ascoltati sui fatti rilevanti (art. 11, commi 1, 2 e 3, legge regionale della Lombardia 1 febbraio 2012, n. 1; art. 16, comma 1, legge regionale della Sardegna 22 agosto 1990, n. 40; art. 82, comma 1, regolamento regionale del Lazio 6 settembre 2002, n. 1). Gli stessi diritti sono riconosciuti in Abruzzo (art. 22 legge regionale 1 ottobre 2013, n. 31), ad eccezione del diritto di assistere a ispezioni e accertamenti, e in Calabria (art. 9 legge regionale 4 settembre 2001, n. 19) ove - tuttavia - il diritto a essere ascoltati è esercitato solo nella forma dell'audizione pubblica (v. *infra*). In Trentino-Alto Adige, il cittadino ha diritto non solo di presentare memorie e osservazioni, ma anche di "conoscere lo stato del procedimento": v. art. 16, comma 1, lettera a), legge regionale 31 luglio 1993, n. 13; art. 27, comma 1, lettera a) legge provinciale di Trento 30 novembre 1992, n. 23.

In Lombardia e Trentino-Alto Adige, la normativa regionale esclude la conclusione di accordi fra amministrazione e amministrati.

³⁴²) La legge della Regione promuove la partecipazione dei cittadini singoli e associati "nelle diverse forme: come iniziativa autonoma verso l'amministrazione, come libero apporto propositivo alle iniziative regionali, come intervento nelle fasi formali di consultazione, come contributo alla verifica degli effetti delle politiche regionali". (Art. 72, comma 1, st. Toscana). Con preciso riferimento al procedimento amministrativo, "la legge assicura il contraddittorio degli interessati alla formazione dei provvedimenti" (art. 54, comma 2, st. Toscana).

³⁴³) Art. 54, comma 3, st. Toscana; sono esclusi dall'obbligo solo gli atti meramente esecutivi. Anche l'accesso agli atti amministrativi può avvenire senza obbligo di motivazione (comma 1).

La Corte Costituzionale ha ritenuto infondate le questioni che la Presidenza del Consiglio dei ministri aveva sollevato a proposito di queste disposizioni statutarie. Infatti, la facilitazione dell'accesso agli atti "si conforma al principio costituzionale di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa ed è altresì del tutto coerente con l'evoluzione del diritto comunitario". Peraltro, lo statuto può legittimamente escludere dall'obbligo di motivazione gli atti esecutivi, atteso che "ai fini della motivazione è ritenuto sufficiente dalla prevalente

In certe Regioni³⁴⁵, le norme assicurano la partecipazione dei cittadini in tutti i procedimenti amministrativi, senza eccezioni³⁴⁶.

giurisprudenza il semplice richiamo, nelle premesse dell'atto, ai presupposti di fatto ed alle disposizioni di legge da applicare". (Corte Costituzionale, sentenza 2 dicembre 2004, n. 372).

³⁴⁴) Art. 39, comma 2, st. Toscana. L'enunciazione statutaria è attuata dall'art. 9 legge regionale 22 ottobre 2008, n. 55 (Disposizioni in materia di qualità della normazione): la motivazione delle leggi e dei regolamenti è inserita in un "preambolo" - formato da un "visto", ove si espone il quadro giuridico di riferimento, e da un "considerato", in cui è inclusa la motivazione vera e propria - che è "*parte integrante del testo normativo*". Per osservazioni, v. BOCCALATTE, *Brevi osservazioni sulla nuova legge toscana in materia di qualità della normazione, con particolare riguardo all'obbligo di motivazione delle leggi*, in *Rassegna parlamentare*, Milano-Roma, 2009, n.1, pp. 185 ss.

³⁴⁵) In Lombardia, le leggi sul procedimento amministrativo non contengono alcuna eccezione corrispondente agli artt. 3 e 13 legge n. 241/1990: pertanto, in questa Regione, i procedimenti relativi ad atti normativi, generali e di programmazione non sono specificamente esentati dalla disciplina sulla partecipazione, né dall'obbligo di motivazione (art. 7 legge regionale della Lombardia n. 1/2012; in tema di motivazione, v. anche art. 5, comma 2, legge regionale della Sardegna n. 40/1990). In Puglia, i cittadini singoli e associati hanno diritto di intervenire nei procedimenti volti a emanare atti generali, di pianificazione e programmazione (art. 11 regolamento regionale della Puglia n. 13/2015).

³⁴⁶) A questo proposito, si segnala che alcune norme regionali hanno istituzionalizzato forme di partecipazione popolare all'attività del Consiglio e alle sue decisioni. Poiché si tratta di Regioni in cui l'organo legislativo esercita, almeno in parte, la potestà regolamentare, se ne deduce che, in questi casi, i cittadini intervengono nella formazione degli atti generali.

In realtà, la dottrina ha rilevato che, nella prassi, "*il vero centro di mediazione degli interessi sociali?*" è la Giunta, non il Consiglio; "*le consultazioni consiliari hanno una concreta utilità nei soli casi in cui un'istanza non sia stata accolta in sede di concertazione o per quei provvedimenti d'iniziativa consiliare che esulano dalla disciplina dei protocolli d'intesa fra la giunta regionale e gli attori sociali?*". (PICCHI, *Modelli di 'governance' regionale: i rapporti con la società civile, ne I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: problemi e prospettive*, a cura di CARLI-CARPANI-SINISCALCHI, Bologna, 2006, p. 310).

L'art. 39 st. Emilia-Romagna consente alle commissioni dell'Assemblea legislativa l'indizione di "*udienze conoscitive*", allo scopo di acquisire apporti di enti e associazioni, prima di approvare (leggi e) "*atti amministrativi rilevanti*": anche gli artt. 19, comma 3, st. Toscana, e 33, comma 6, st. Lazio prevedono "*indagini conoscitive*"; il lessico utilizzato in queste disposizioni induce a individuare in queste forme di partecipazione una funzione meramente collaborativa, più che democratica o garantistica. In altri casi, gli statuti attribuiscono alle commissioni consiliari il potere di "*sentire*" o "*consulta-re*" le organizzazioni rappresentative degli interessi economici e professionali; v.: art. 23, comma 3, st. Abruzzo; art. 32, comma 1, st. Piemonte; art. 53, comma 6, st. Umbria (ma anche il Presidente della Giunta regionale umbra può avviare la consultazione con le parti sociali, secondo l'art. 19, comma 1, dello stesso statuto); con una formulazione diversa, *cf.* art. 19, comma 2, lettera *b*), st. Marche.

In base all'art. 22 st. Veneto, il Consiglio regionale coinvolge nei procedimenti preparatori dei regolamenti (oltre che delle leggi) le organizzazioni dell'economia e del lavoro, chiamandole a presentare osservazioni e proposte che il Consiglio deve esaminare e discutere. L'art. 57 del regolamento, comma 1, lettera *d*) del regolamento regionale 14 aprile 2015, n. 1, prevede la consultazione delle categorie socio-professionali, ma anche dei

Lo statuto emiliano-romagnolo³⁴⁷ include un'ambiziosa enunciazione di principio: se un cittadino può subire un pregiudizio da un atto regionale, allora ha il diritto di intervenire nel procedimento che precede l'adozione dell'atto³⁴⁸. Al fine di conseguire questo obiettivo, lo stesso statuto prevede la c.d. istruttoria pubblica³⁴⁹. Su iniziativa dell'Assemblea legislativa regionale, o su

cittadini in forma singola o associata ad esse estranei, tutte le volte che le commissioni consiliari lo ritengano opportuno, al fine di acquisire elementi utili all'emanazione di leggi, regolamenti o provvedimenti amministrativi di carattere generale.

L'art. 20 st. Umbria riconosce la partecipazione dei cittadini *“all'esercizio delle funzioni legislative, amministrative e di governo degli organi e delle istituzioni regionali”* (...) *“mediante l'iniziativa legislativa e referendaria, il diritto di petizione e la consultazione”*. In applicazione di questo principio, la legge regionale 16 febbraio 2010, n. 14 (Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali - Iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazione) consente alle commissioni consiliari di deliberare, a maggioranza dei suoi componenti, l'attivazione di una consultazione inerente agli atti di sua competenza (art. 65). La forma adottata per la consultazione può variare (art. 64: incontri pubblici con i cittadini; richiesta di pareri scritti ai cittadini, previa compilazione di un questionario; audizione diretta delle associazioni rappresentative di interessi economici). In ogni caso, seppure la consultazione sia garantita *“in tutte le fasi dei procedimenti amministrativi e normativi”* (art. 62), i contributi che ne emergono hanno mera natura politica, e, *“nel caso di atti amministrativi di indirizzo e programmazione, non possono costituire elementi di motivazione giuridica-mente rilevanti”* (art. 66, comma 1).

³⁴⁷⁾ Che, comunque, riconosce il diritto alla partecipazione amministrativa, anche con riguardo ai provvedimenti singolari (art. 61, comma 2).

³⁴⁸⁾ Inoltre, i portatori di interessi diffusi hanno il diritto a fare conoscere le proprie opinioni e valutazioni sulle materie di competenza regionale (art. 15, comma 2, st. Emilia-Romagna): non a caso, lo statuto emiliano-romagnolo favorisce espressamente la democrazia partecipata nelle scelte regionali e locali (art. 7, comma 1, lettera *a*), nonché la promozione della coesione sociale mediante la partecipazione (art. 4, comma 1, lettera *d*). In Veneto, lo statuto non fa che *“orientare”* al principio di partecipazione l'attività amministrativa, senza riconoscere garanzie più precise (art. 28, comma 1); tuttavia, è assicurata la partecipazione dei cittadini alla formazione delle scelte amministrative (art. 9, comma 1), senza che siano escluse quelle di portata generale. Anche nello statuto della Basilicata (art. 47 comma 3 st.) si rinviene una dichiarazione di principio relativa alla partecipazione nei procedimenti relativa ai provvedimenti amministrativi generali.

³⁴⁹⁾ Art. 17 st. Emilia-Romagna.

Come si è anticipato *supra*, la Corte Costituzionale non ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni statutarie inerenti all'istruttoria pubblica emiliano-romagnola. Questa forma di partecipazione si iscrive in una serie di *“istituti già sperimentati e funzionanti, anche in alcune delle maggiori democrazie contemporanee”*, che *“non sono certo finalizzati ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, ma mirano a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche: pertanto, è escluso che l'istruttoria pubblica violi l'art. 97 Cost. e mini il buon andamento nell'attività amministrativa (sentenza n. 379/2004).* Sull'istruttoria pubblica emiliano-romagnola, v.: CARLI, *Lo statuto della Emilia Romagna. Principi e partecipazione*, ne *Le istituzioni del federalismo*, 2005, pp. 19 e ss.; MANGIA, *Consigli Regionali e partecipazione politica nei nuovi statuti*, ne *I principi negli Statuti regionali*, a cura di CATELANI-CHELI, Bologna, 2008.

richiesta di almeno cinquemila persone, associazioni e gruppi di cittadini possono intervenire nei procedimenti inerenti ad atti amministrativi normativi e generali: l'Assemblea indice un pubblico contraddittorio fra l'amministrazione e tutte le parti coinvolte; l'istruttoria deve concludersi con l'adozione di un provvedimento motivato.

In aggiunta, secondo la legge emiliano-romagnola sul procedimento amministrativo, la Giunta regionale può promuovere una "audizione pubblica" in tutti i procedimenti di sua competenza, al solo scopo di esaminare gli interessi pubblici e privati coinvolti, per mezzo di una discussione alla quale possono partecipare tutte le associazioni e i gruppi interessati alla decisione; il provvedimento finale dà atto dell'avvenuto svolgimento dell'audizione, del quale è redatto verbale³⁵⁰. In forme del tutto analoghe, la Giunta regionale può promuovere l'audizione pubblica anche in Lombardia³⁵¹ e nel Lazio³⁵², benché la normativa laziale adotti la definizione di "istruttoria pubblica"; tuttavia, in entrambi i casi, la partecipazione è consentita a tutti i cittadini interessati, e non è limitata alle formazioni sociali.

Infine, in base ad alcuni statuti, i cittadini possono pronunciarsi sugli atti amministrativi normativi e generali della Regione - ricorrendo al *referendum* consultivo, indetto su iniziativa degli organi regionali³⁵³, degli enti locali o dei cittadini stessi³⁵⁴ - o, addirittura, proporre l'adozione ai soggetti competenti³⁵⁵.

La proposta di legge per il nuovo statuto lucano contempla l'istruttoria pubblica (art. 12), rifacendosi apertamente alla disciplina emiliano-romagnola.

³⁵⁰) Art. 15 legge regionale dell'Emilia-Romagna 6 settembre 1993, n. 32. Identico istituto è previsto dall'art. 17 legge regionale della Calabria n. 19/2001.

Per il resto, la legge emiliano-romagnola accorda una facoltà generalizzata di intervento solo ai titolari di interessi diffusi hanno, che possono presentare memorie e/o chiedere di essere sentiti (art. 14). I portatori di interessi individuali hanno gli stessi diritti - e possono altresì chiedere di essere ascoltati - solo nei procedimenti relativi a provvedimenti sfavorevoli (art. 21). Infine, le leggi regionali possono prevedere altri casi in cui l'emanazione dell'atto amministrativo deve avvenire previa acquisizione del parere di soggetti collettivi privati (art. 22).

³⁵¹) Art. 84 regolamento regionale del Lazio n. 1/2002.

³⁵²) Art. 12 legge regionale della Lombardia n. 1/2012.

³⁵³) Art. 83, comma 1, st. Piemonte; art. 19, comma 1, st. Puglia. V. altresì: art. 21, comma 1, legge regionale del Friuli-Venezia Giulia 7 marzo 2003, n. 5; art. 45 legge regionale della Valle d'Aosta 25 giugno 2003, n. 19. A queste norme occorre aggiungere le disposizioni statutarie che prevedono l'indizione di un *referendum* consultivo, con generico

3.2 - Partecipazione alle decisioni pubbliche regionali.

In Toscana, la legge sul procedimento amministrativo contiene poche, scarse disposizioni in tema di partecipazione³⁵⁶. Il legislatore ha preferito istituire moduli procedurali che, in astratto, consentono l'intervento popolare in tutte le decisioni assunte dalla Regione. Secondo la legge toscana, un determinato numero di cittadini, singoli e associati, e alcuni enti - autonomie locali, imprese, istituti scolastici - possono promuovere "progetti partecipativi" in merito a temi di rilevanza pubblica, con il sostegno finanziario e organizzativo della Regione³⁵⁷. A tale scopo, deve essere avanzata una domanda³⁵⁸ all'Autorità regionale per la partecipazione - appositamente

riguardo ai provvedimenti approvati dal Consiglio: art. 64, comma 1, st. Lazio; art. 9, comma 1, st. Liguria, art. 52, comma 1, st. Lombardia; art. 27, comma 1, st. Veneto.

³⁵⁴) Art. 78, comma 2, st. Abruzzo (nonché artt. 31-32 legge regionale 19 dicembre 2007, n. 44).

³⁵⁵) Art. 74, comma 1, st. Piemonte; art. 20, comma 1, st. Veneto.

V. altresì art. 63, comma 1, st. Basilicata. La proposta di legge per il nuovo statuto restringe il potere di iniziativa popolare, limitandolo alle leggi (art. 15); tuttavia, i cittadini lucani potranno ancora proporre l'adozione di provvedimenti amministrativi, l'art. 11 legge regionale della Basilicata 21 maggio 1980, n. 40 (Norme sull'iniziativa popolare delle leggi regionali e sul *referendum* abrogativo) e successive modifiche.

V. infine: art. 1 legge regionale della Lombardia 2 ottobre 1971, n. 1 (Norme sull'iniziativa popolare per la formazione di leggi e altri atti della Regione), con riferimento agli atti amministrativi di competenza del Consiglio regionale; art. 1 legge regionale della Puglia 16 aprile 1973, n. 9 (Partecipazione popolare all'attività normativa della Regione), per i soli regolamenti.

³⁵⁶) Art. 15 legge regionale 23 luglio 2009, n. 40.

³⁵⁷) Capo II legge regionale 2 agosto 2013, n. 46 (Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali), e successive modifiche, che ha abrogato e sostituito la legge 27 dicembre 2007, n. 69 (Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali), apportando alcune modifiche alla normativa previgente. Il sostegno può essere finanziario, metodologico o logistico-organizzativo (art. 18-*bis*).

La stessa legge regola il "dibattito pubblico" sulle opere, i progetti e gli interventi che producono un rilevante impatto sul territorio (capo III; *v.* più diffusamente *infra*).

Secondo l'art. 2 della legge, possono intervenire nei processi partecipativi tutti i residenti, compresi stranieri e apolidi; se il loro apporto è ritenuto utile il loro apporto, possono partecipare anche le persone che lavorano, studiano o soggiornano in Toscana e sono interessati all'oggetto del dibattito o della procedura partecipativa.

³⁵⁸) La domanda preliminare per l'ammissione del progetto partecipativo va presentata all'Autorità regionale per la partecipazione, che ne valuta la rilevanza dell'oggetto e delle motivazioni, i costi, i possibili effetti per la collettività, la metodologia impiegata nelle

istituita³⁵⁹ - la quale stabilisce se il progetto è meritevole del sostegno regionale. Sono gli stessi promotori a definire l'oggetto, le modalità, i tempi e l'obiettivo del progetto³⁶⁰. Pertanto, non è agevole annoverare i "progetti partecipativi" menzionati dalla legge toscana fra le forme di partecipazione al procedimento amministrativo: se il procedimento è, per definizione, una sequenza di atti determinata dalla legge e finalizzata all'adozione di un provvedimento, questi "progetti" si concretano in una procedura determinata dalla volontà dei proponenti, e non necessariamente si concludono con una scelta finale³⁶¹. In ogni caso, l'Autorità, prima di ammettere il sostegno regionale a un processo partecipativo, deve acquisire la disponibilità dell'amministrazione competente a

modalità di svolgimento (art. 15, comma 1, legge regionale della Toscana n. 46/2013, e successive modifiche; *cf.* art. 17).

Inoltre, la legge impone la presentazione di una relazione intermedia e di una relazione conclusiva che diano conto di quanto avvenuto al suo interno, pena la revoca del sostegno e la ripetizione delle risorse eventualmente già erogate (art. 18-*bis*, commi 2-5, legge regionale della Toscana n. 46/2013).

³⁵⁹) Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione: art. 3 legge regionale n. 46/2013. I componenti dell'Autorità sono tre, designati dal Consiglio per cinque anni e scelti tra persone "di comprovata esperienza nelle metodologie e nelle pratiche partecipative, anche di cittadinanza non italiana". Nella normativa previgente, l'Autorità era un organo monocratico.

³⁶⁰) Art. 14, comma 2, legge regionale della Toscana n. 46/2013, e successive modifiche. I proponenti devono indicare tutto ciò nella domanda preliminare indirizzata all'Autorità, assieme alle "prime ipotesi e proposte metodologiche sulle modalità di svolgimento" (art. 14, comma 2); in seguito, l'Autorità - se ammette il progetto - fornisce "indicazioni ed orientamenti" ai proponenti, "al fine di una migliore ed adeguata definizione del progetto stesso" (art. 15, comma 2) e, se lo ritiene opportuno, "indica modalità di svolgimento integrative" (art. 18, comma 1, lettera b).

³⁶¹) A questo proposito, la dottrina nota che il processo partecipativo della legge toscana rappresenta una forma flessibile per consentire ai cittadini di apportare contributi alla decisione pubblica: l'elasticità che lo contraddistingue "è senz'altro una risorsa, significa plasmabilità, adattabilità, capacità di intercettare e di far confluire in un processo partecipativo questioni diversissime tra loro". Sennonché, è netta la distinzione tra il percorso partecipativo in questione e il procedimento amministrativo vero e proprio: "un processo partecipativo (...) può abbracciare decisioni di più ampio raggio ed intervenire a monte di possibili procedimenti amministrativi che saranno, se mai, avviati per la concretizzazione degli esiti di un processo partecipativo. Promuovere un percorso partecipativo ha senso quando ancora si mira a raccogliere idee, proposte ecc. su una certa questione, si dà invece avvio ad un procedimento quando è già chiaro l'obiettivo cui si tende". Non si vuole negare che "i processi partecipativi potrebbero aprire a schemi decisionali a modello reticolare, caratterizzati da una nuova logica di manifestazione del potere"; resta però che "se il procedimento si conclude con una decisione dell'amministrazione, il processo partecipativo" di cui alla legge toscana "non necessariamente sfocia in una decisione pubblica, e quindi non si può ancora parlare di un 'diverso' modo di decidere". (CORSI, *Democrazia partecipativa e procedimento amministrativo: un raffronto attraverso l'esperienza della legge toscana*, ne *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione: il caso della Toscana*, a cura di BORTOLOTTI- CORSI, Roma, 2012, pp. 262-264).

prendere parte attiva al processo, a tenere conto delle sue risultanze e a motivare eventuali decisioni difformi³⁶².

Il legislatore emiliano-romagnolo ha seguito l'esempio toscano, attribuendo a tutti i cittadini³⁶³, singoli e associati, il diritto di partecipare a “*percorsi di discussione organizzata*”³⁶⁴. La procedura partecipativa può essere avviata dalla Giunta, dal Consiglio o dagli enti locali³⁶⁵ - ma anche da un altro soggetto pubblico o privato, se ottiene l'adesione dell'organo competente a decidere³⁶⁶ - e deve concludersi con una proposta. Tuttavia, in questo caso, l'intervento dei cittadini riguarda “*progetti, atti normativi o procedure amministrative*”³⁶⁷ inerenti a una “*futura norma*” di pertinenza del Consiglio o della Giunta, a livello regionale o

³⁶²) Art. 18, comma 3, legge regionale della Toscana n. 46/2013, e successive modifiche. Analogamente disponeva l'art. 17, comma 2, legge regionale n. 69/2007.

Inoltre, l'art. 20, comma 2, legge regionale della Toscana n. 46/2013, nel prevedere la possibilità di promuovere la partecipazione popolare mediante la sottoscrizione di protocolli d'intesa fra la Regione e gli enti locali, impone a questi ultimi - qualora aderiscano al protocollo - di impegnarsi a sospendere l'adozione di atti che possano anticipare o pregiudicare l'esito dei processi partecipativi. L'adesione al protocollo è condizione per l'ammissibilità dei progetti di partecipazione proposti dagli enti locali (art. 16, comma 1, lettera b)).

Per quanto concerne la reale incidenza dei processi partecipativi, va premesso che questa “*non può, il più delle volte, emergere dalle relazioni finali e purtroppo questo dato non è poi monitorato: mancano, infatti, all'Autorità le risorse per verificare nel tempo l'incidenza effettiva dei processi sostenuti sulle decisioni delle amministrazioni?*”. Da un'indagine svolta per mezzo di interviste telefoniche ad alcuni cittadini che hanno preso parte a questi processi, e risalente al 2012, risultava che “*le amministrazioni riconoscono, si può dire sempre, che da questi sono emerse molte proposte, buone idee, possibili soluzioni. La loro realizzazione concreta, però, varia moltissimo*”. (CORSI, *op. ult. cit.*, pp. 259-260).

³⁶³) Art. 3 legge regionale dell'Emilia-Romagna 9 febbraio 2010, n. 3 (Norme per la definizione, riordino e promozione delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali). Il diritto in questione è riconosciuto a “*tutte le persone, le associazioni e le imprese che siano destinatari, singolarmente o collettivamente, delle scelte contenute in un atto regionale o locale di pianificazione strategica, generale o settoriale, o di atti progettuali e di attuazione in ogni campo di competenza regionale?*”.

³⁶⁴) Art. 10, comma 3, legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 3/2010.

³⁶⁵) Art. 5, comma 1, legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 3/2010.

³⁶⁶) Art. 5, comma 2, legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 3/2010. Secondo l'art. 4, comma 2, i cittadini possono sempre sollecitare l'apertura della discussione su un tema locale o regionale, richiedendo l'assenso all'ente competente; in caso di diniego - o di silenzio prolungato per più di trenta giorni - i cittadini possono chiedere la mediazione di un “*tecnico di garanzia*”. A parere di CIANCAGLINI, l'art. 4, comma 2, e l'art. 5, comma 2, costituiscono essenzialmente una norma unica (*v. Tra democrazia partecipativa e concertazione. La legge regionale 3/2010 dell'Emilia-Romagna*, in *Istituzioni del federalismo*, Santarcangelo di Romagna, 2011, n. 12, p. 223).

³⁶⁷) Art. 11, comma 1, legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 3/2010. Ma il processo partecipativo può riguardare anche “*progetti, iniziative o scelte pubbliche sui quali la Regione o gli enti locali non hanno ancora avviato alcun procedimento amministrativo o assunto un atto definitivo?*”.

locale³⁶⁸: la discussione si conclude con l'adozione di una proposta, che il Consiglio o la Giunta dovranno tenere in considerazione al momento di approvare la norma, motivando un'eventuale scelta difforme³⁶⁹.

4 - Partecipazione amministrativa e ordinamento degli enti locali.

Il vigente testo unico degli enti locali riprende le disposizioni della legge n. 142/1990³⁷⁰, quasi coeva rispetto alla legge sul procedimento.

I Comuni e le Province sono sottoposti ai medesimi obblighi che la legge n. 241 impone a tutte le pubbliche amministrazioni: gli atti amministrativi - salve le eccezioni stabilite dalla legge - sono pubblici, e i cittadini, singoli e associati, hanno diritto ad accedervi; se questi atti sono suscettibili di incidere su situazioni soggettive, deve essere assicurata la partecipazione procedimentale dei privati, secondo i principi affermati in via generale dalla legge statale³⁷¹.

Inoltre, i Comuni, secondo le forme previste dagli statuti, devono consultare i cittadini e le formazioni sociali, e ne devono accogliere eventuali proposte e istanze, al fine di “*promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi*”; gli statuti possono consentire ai cittadini di richiedere un *referendum* consultivo³⁷².

³⁶⁸) Art. 10, comma 3, legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 3/2010.

³⁶⁹) Art. 10, comma 4, legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 3/2010.

³⁷⁰) V. artt. 6, commi 1-3, e 7, commi 3-4, legge 8 giugno 1990, n. 142 (Ordinamento degli enti locali), abrogata dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

Nella società italiana, l'esigenza di favorire la partecipazione dei cittadini alla vita politica locale emerse fin dagli anni sessanta del secolo scorso, con lo sviluppo in diversi Comuni di “comitati di quartiere” - variamente denominati - promossi su spontanea iniziativa di una parte della popolazione. Il legislatore rispose istituendo organi di decentramento a livello comunale (legge 8 aprile 1976, n. 278 - Norme sul decentramento e sulla partecipazione dei cittadini nella amministrazione del Comune); tuttavia, si ispirò a un modello puramente rappresentativo, non integrato da procedure di tipo partecipativo. Per la differenza fra la partecipazione di frazione o di quartiere messa in atto dai cittadini, e il sistema di decentramento delineato dal legislatore del 1976, v. U. ALLEGRETTI, *I quartieri tra decentramento comunale e autonomia di base*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, n. 1, pp. 192-266).

³⁷¹) Art. 8, comma 2, Testo unico degli enti locali.

³⁷²) Artt. 8, commi 3-4, Testo unico degli enti locali. Secondo il comma 5, i Comuni devono favorire la partecipazione alla vita pubblica degli stranieri, comunitari e non, purché regolarmente soggiornanti.

Ciascun Comune è tenuto a valorizzare le “*forme associative*” e a promuovere “*organismi di partecipazione*” dei cittadini, anche “*su base di quartiere o di frazione*”: tuttavia, la legge non precisa l’ambito in cui la partecipazione si sarebbe dovuta esplicare, e rimette allo statuto la disciplina dei rapporti fra questi organismi e i Comuni³⁷³. Ovviamente, i Comuni, in quanto enti autonomi, non possono che esercitare un’ampia discrezionalità nello scegliere le modalità necessarie per consultare i cittadini, nonché i requisiti che occorrono per essere consultati: ad esempio, nulla osta a che i diritti di partecipazione siano estesi ai cittadini minorenni che abbiano compiuto una certa età³⁷⁴.

Anche i settori in cui può avvenire la consultazione possono essere i più disparati. In alcuni Comuni, i cittadini prendono parte alla formazione dei documenti di finanza comunale, discutendo alcuni dei temi in essi contenuti: si tratta del c.d. “bilancio partecipato”³⁷⁵ o “bilancio partecipativo”³⁷⁶; in altri casi, sono consultati per elaborare progetti di sviluppo economico³⁷⁷.

Durante il dibattito precedente all’approvazione della legge n. 142/1990, la Camera dei deputati bocciò un articolo aggiuntivo presentato da LANZINGER e altri, volto a introdurre “*l’istituto del pubblico contraddittorio tra l’amministrazione comunale e la popolazione su argomenti di interesse generale*” (seduta del 23 novembre 1989, articolo aggiuntivo 5.013).

³⁷³) Art. 8, comma 1, Testo unico degli enti locali.

³⁷⁴) Ogni perplessità in merito “*non pare avere particolare pregio giuridico in quanto estende arbitrariamente i requisiti che la Costituzione pone per una particolare forma di partecipazione politica - volta alla determinazione della rappresentanza politica - ad altre forme di partecipazione, sia politica che amministrativa che non sono comprese nella previsione costituzionale*” (ROLLA-GROPPI, *L’ordinamento dei Comuni e delle Province*, Milano, 2000, p. 172). Come osservato nei precedenti capitoli, non è pacifico che il voto attivo costituisca una forma di partecipazione; tuttavia, se così non è, allora *a fortiori* è illogico che i requisiti per l’esercizio del diritto di voto siano estesi ad attività di diverso genere.

³⁷⁵) “*Le esperienze di Bilancio Partecipato (...) hanno declinazioni differenti (puramente informative, o anche di ascolto dei bisogni) ma non prevedono procedure decisionali, o le limitano a votazioni su fondi contingentati per la realizzazione di uno o due opere pubbliche*” (G. ALLEGRETTI-FRASCAROLI, *Percorsi condivisi-Contributi per un atlante di pratiche partecipative in Italia*, Firenze, 2006, p. 52).

³⁷⁶) Citando l’esperienza del Comune di Pieve Emanuele (Milano), G. ALLEGRETTI e FRASCAROLI (*op. ult. cit.*, p. 60) lo definiscono come “*strumento redistributivo attraverso il superamento della mera consultazione dei cittadini a favore di forme decisionali sull’identificazione delle principali priorità di spesa del bilancio*”; un altro esempio celebre riguarda il Comune di Grottammare (Ascoli Piceno). Al contempo, gli stessi Autori rilevano (p. 53) che alcune pratiche, seppur nominalmente qualificate come “bilanci partecipativi”, sono in realtà assai più simili ai bilanci partecipati.

³⁷⁷) V. il caso del Circondario Empolese-Valdelsa (*v. op. ult. cit.*, pp. 70-72).

Così, l'ordinamento comunale prevede espressamente un'eventualità che la legge statale sul procedimento amministrativo si limita, tutt'al più, a non escludere. I cittadini possono intervenire nelle scelte collettive assunte dall'amministrazione comunale, benché ciò non comporti - in senso stretto - un obbligo di garantire la partecipazione nella formazione degli atti normativi e generali: infatti, nulla impedisce che la consultazione avvenga al di fuori del procedimento, e che la decisione finale non tenga conto dei suoi risultati.

5 - Partecipazione amministrativa e ordinamento europeo.

5.1 - Partecipazione amministrativa nell'Unione Europea.

L'art. 1 della legge n. 241/1990 - nella sua attuale formulazione - assoggetta espressamente l'attività amministrativa a una serie di principi, fra i quali figurano i “*principi dell'ordinamento comunitario*”³⁷⁸. In sé, si tratta di una nozione sufficientemente ampia da ricomprendere - almeno in linea teorica - non solo le disposizioni dei trattati e delle norme europee idonee a vincolare il legislatore italiano, ma anche la disciplina dei procedimenti amministrativi che si svolgono davanti agli organi amministrativi dell'Unione³⁷⁹, e financo i principi affermati dalla giurisprudenza europea.

³⁷⁸) Cfr. art. 1 codice del processo amministrativo: “*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”.

³⁷⁹) “*Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione*”; al contempo, “*allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea, al Consiglio*” (art. 291, § 1-2, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, inseriti dall'art. 2, § 236, Trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007).

“*Non esiste un unico procedimento amministrativo europeo. Si distingue tra attuazione amministrativa diretta del diritto comunitario, svolta da istituzioni comunitarie, ed attuazione amministrativa indiretta, svolta dagli Stati membri*” (SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, ne *Il procedimento amministrativo europeo*, a cura di CASSESE-BIGNAMI, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, quaderno n. 1, p. 126. *Ibid.*, lo stesso Autore segnalava la “*notevole influenza comunitaria sul diritto amministrativo e sul procedimento nazionale*”). In realtà, “*dal raffronto tra la realtà comunitaria e quella interna, si evince che, nella sostanza, i principi*” che guidano l'azione amministrativa “*sono gli stessi, ma varia il loro ambito di*

Alcuni di questi principi sono apertamente enunciati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione, in virtù delle sue modifiche più recenti: oltre all'efficacia e all'indipendenza dell'amministrazione europea³⁸⁰, il Trattato ispira al principio di trasparenza l'intera azione delle istituzioni e degli organi dell'Unione³⁸¹; i loro atti devono essere motivati³⁸², e i cittadini hanno diritto ad accedervi³⁸³. Gli stessi obblighi sono previsti dalla Carta dei diritti fondamentali, ove, peraltro, è riconosciuto il diritto al contraddittorio nel

applicazione (...). Più specificamente, si registra un'identità di funzioni perché quelle alle quali il procedimento è preordinato sono le stesse. Non vi è coincidenza, invece, nella tipologia dei procedimenti: tuttavia, ciò è naturale perché, in conseguenza del diverso ambito di intervento, le finalità che perseguono le autorità sopranazionali e le autorità degli Stati membri (e, quindi, i diversi poteri attribuiti) si differenziano tra loro" (FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, ne *Il procedimento*, op. ult. cit., p. 296).

³⁸⁰) "Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente" (art. 298, § 1, TFUE, inserito dall'art. 2, § 243, Trattato di Lisbona).

³⁸¹) "Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile" (art. 15, § 1, TFUE, inserito dall'art. 2, § 28, Trattato di Lisbona).

³⁸²) "Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati". (Art. 296, § 2, TFUE, già art. 190 Trattato che istituisce la Comunità europea, modificato dall'art. G, § 62, Trattato sull'Unione Europea, e dall'art. 2, § 241, Trattato di Lisbona. Prima del Trattato di Lisbona, l'obbligo di motivazione era limitato agli atti normativi: regolamenti, direttive e decisioni di Consiglio e Commissione).

Nella già citata sentenza n. 104/2006, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione contraria al principio di pubblicità, in quanto contrastante, oltre che con la Costituzione, anche con uno dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea: "la pubblicità del procedimento amministrativo è un principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei; principio stabilito, tra l'altro, dal Trattato istitutivo delle Comunità europee, che impone l'obbligo di motivazione degli atti comunitari".

³⁸³) "Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo" (art. 15, § 3, TFUE, già art. 255 TCE, inserito dall'art. 2, § 45 del Trattato che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee ed alcuni atti connessi, firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997).

Cfr. regolamento 30 maggio 2001, 2001/1049/CE, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

Il citato regolamento 2011/182/UE prevede che la Commissione tenga un registro in cui sono contenute le informazioni relative ai lavori dei comitati, incaricati di esprimere un parere prima che la Commissione adotti gli atti di esecuzione di cui all'art. 291 TFUE (artt. 3, comma 3, e 10 regolamento 16 febbraio 2011, 2011/182/UE, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione).

procedimento amministrativo³⁸⁴; quest'ultima disposizione non fa che recepire il pacifico orientamento della Corte di Giustizia, che ha qualificato il principio del "diritto a essere sentiti" come "*norma di diritto naturale*"³⁸⁵.

Più in generale, l'ordinamento europeo tende a favorire la consultazione dei cittadini nelle decisioni pubbliche. Il Trattato sull'Unione Europea obbliga la Commissione a consultare le parti interessate dalle "*azioni dell'Unione*", al fine di assicurarne coerenza e trasparenza³⁸⁶. Anche il Trattato sul funzionamento dell'Unione conferisce alla Commissione il generico dovere di "consultare le parti sociali" prima di presentare proposte in tema di politica sociale; la consultazione mira a orientare l'azione dell'Unione, e può agevolare la conclusione di accordi³⁸⁷.

³⁸⁴) "1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; (...) c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni?". "*Qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*". Artt. 41, § 1 e 2, e 42 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. È appena il caso di sottolineare che la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, §1, TUE, come modificato ex art. 1, § 6, Trattato di Lisbona).

³⁸⁵) Per i procedimenti in materia di libera concorrenza, l'audizione degli interessati a monte delle decisioni era già prevista dal regolamento 6 febbraio 1962, 1962/17/CE: "*prima di ogni decisione prevista dagli articoli 2, 3, 6, 7, 8, 15 e 16 la Commissione dà modo alle imprese e associazioni di imprese interessate di manifestare il proprio punto di vista relativamente agli addebiti su cui essa si basa*" (art. 19; successivamente, il regolamento fu abrogato e sostituito dal regolamento 16 dicembre 2002, 2003/1/CE). Sulla base di ciò, la Corte di giustizia annullò parte di una decisione con cui la Commissione acconsentì a un accordo restrittivo della concorrenza, ma imponendo alcune condizioni, di cui l'impresa non fu preventivamente informata (sentenza 23 ottobre 1974, causa n. C-17, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*). La motivazione si imperniò "*sulla norma generale*" per cui i destinatari di un provvedimento "*devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese*". La decisione concorda con le conclusioni formulate dall'Avvocato generale WARNER, laddove questi osservò che nell'ordinamento del suo Paese - la Gran Bretagna - il principio *audi alteram partem* "*esiste da secoli, si è saldamente affermato e viene applicato quotidianamente*", tanto da essere "*considerato come un 'principio di diritto naturale'*"; l'Avvocato generale menzionò la giurisprudenza britannica e il principio per cui "*anche qualora la legge (statuto) non stabilisca espressamente che dev'essere sentito l'interessato, il giudice dovrà colmare questa lacuna applicando il diritto non scritto (common law)*". La successiva giurisprudenza ampliò ulteriormente il riconoscimento del diritto al contraddittorio in questo genere di procedimenti.

³⁸⁶) Art. 11 TUE, § 3, introdotto dall'art. 1, § 12, Trattato di Lisbona.

³⁸⁷) Artt. 154, § 1-2, e 155, § 1, TFUE, introdotto dall'art. 2, § 22, Trattato di Amsterdam.

Inoltre, si è già citato il c.d. Libro bianco sulla *governance*. Con questa comunicazione, la Commissione europea ha espresso il proprio *favor* per la partecipazione della società civile alla determinazione delle politiche europee³⁸⁸; a tal fine, le istituzioni dell'Unione dovrebbero adottare codici di condotta e altri strumenti di *soft law*, idonei a disciplinare l'intervento dei cittadini nei processi decisionali. In particolare, sono avanzate alcune proposte per migliorare la qualità della normazione europea, fra le quali figura la *co-regulation*: le misure attuative degli atti normativi possono essere stabilite di concerto con gli "operatori maggiormente interessati"³⁸⁹; si noti che questa formulazione è foriera di squilibri, laddove esclude dalla *co-regulation* - almeno potenzialmente - quei soggetti la cui sfera giuridica è pregiudicata dall'attuazione dell'atto normativo, ma che - tecnicamente - non rivestono la qualifica di "operatori"³⁹⁰.

5.2 - Partecipazione amministrativa e CEDU.

La Convenzione non contiene alcun richiamo espresso alla partecipazione amministrativa, e solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha affermato

³⁸⁸) "Il Parlamento europeo e le sue commissioni sollecitano regolarmente il parere del pubblico e degli esperti mediante consultazioni e audizioni pubbliche", ma "si dovrebbe e si deve fare di più. Le istituzioni e le autorità nazionali devono moltiplicare i propri sforzi per migliorare le consultazioni sulle politiche dell'Unione". A tal fine, atteso che "la Commissione dispone di circa 700 organi consultivi ad hoc per un'ampia gamma di politiche", si ritiene necessario razionalizzare questo poco maneggevole sistema" (Comunicazione COM/2001/428, pp. 13-14; per la definizione di "società civile", intesa come somma di associazioni, *cfr.* p. 11, nota n. 9).

³⁸⁹) "L'Unione deve quindi preoccuparsi costantemente di migliorare la qualità, l'efficacia e la semplicità degli atti normativi (...) I miglioramenti dipendono dai seguenti sette fattori (...) a determinate condizioni è possibile elaborare le misure di attuazione nel contesto di una coregolamentazione. La coregolamentazione combina azioni vincolanti di ordine giuridico e normativo con azioni decise, in base alla loro conoscenza ed esperienza pratiche, dagli operatori maggiormente interessati". La *co-regulation* "è opportuna soltanto nei casi in cui non sono in questione i diritti fondamentali o gravi scelte politiche. Non vi si deve ricorrere nelle situazioni in cui è necessario che le norme si applichino in modo uniforme in ogni Stato membro. Inoltre, le organizzazioni partecipanti devono essere rappresentative, affidabili e in grado di seguire procedure aperte nel formulare e applicare norme concordate". (Comunicazione COM/2001/428, pp. 17-18).

³⁹⁰) "La realtà, comunque, è che questa forma di auto-regolazione dell'industria produce i suoi effetti anche su individui e imprese estranei a qualsiasi associazione di industrie. A mio avviso, di conseguenza, la coregolamentazione è una forma estrema, e potenzialmente squilibrata, di partecipazione della società civile alla governance" (BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione*, ne *Il procedimento*, a cura di CASSESE-BIGNAMI, *op. cit.*, p. 106).

il principio del giusto procedimento³⁹¹. Tuttavia, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato una raccomandazione relativa ai procedimenti amministrativi riguardanti un elevato numero di persone³⁹². Nel quadro di questi procedimenti, le persone interessate devono venire a conoscenza di ogni elemento che possa avere effetti sui loro diritti, libertà e interessi³⁹³. L'autorità procedente deve assicurare la possibilità di ricorrere ad almeno una forma di partecipazione, scegliendo fra la presentazione di osservazioni scritte, l'audizione orale degli interessati o la loro rappresentanza all'interno di un organo consultivo³⁹⁴; inoltre, deve tenere in considerazione i contributi apportati dai privati³⁹⁵. L'atto amministrativo è soggetto a pubblicità e gli interessati devono essere informati dei motivi su cui l'atto si fonda³⁹⁶. Anche i cittadini stranieri hanno il diritto di intervenire, senza alcuna discriminazione, qualora il provvedimento finale espliciti i suoi effetti oltre i confini dello Stato in cui opera l'autorità procedente³⁹⁷.

6 - Conclusioni.

La normativa italiana assicura che i privati possano intervenire nella formazione degli atti amministrativi che ne pregiudicano gli interessi. Queste

³⁹¹) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 marzo 2007, causa n. 5410/2003, *Tysiak c. Polonia*. L'art. 8 CEDU vieta ogni ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata delle persone, senza che ci sia una legge che lo consenta e un interesse pubblico che lo giustifichi. La Corte di Strasburgo ne deduce che l'autorità pubblica non può assumere una decisione senza tenere conto di tutti gli interessi coinvolti, e - dunque - senza permettere che il privato interessato eserciti il suo diritto alla difesa. *“L'article 8 ne renferme certes aucune exigence procédurale explicite mais il importe, pour la jouissance effective des droits garantis par cette disposition, que le processus décisionnel soit équitable et permette de respecter comme il se doit les intérêts qui y sont protégés. Il y a lieu de déterminer, en égard aux circonstances particulières de la cause et notamment à la nature des décisions à prendre, si l'individu a joué dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle suffisamment important pour lui assurer la protection requise de ses intérêts”*.

³⁹²) Può trattarsi di un elevato numero di destinatari; ovvero di persone che possono essere influenzate dalla decisione, o - ancora - di persone che rappresentano un interesse collettivo suscettibile di essere coinvolto nella decisione. (Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, raccomandazione 17 settembre 1987, n. 16).

³⁹³) Sezione I, punti I e III, raccomandazione Consiglio d'Europa R (87) 16.

³⁹⁴) Sezione I, punto IV, raccomandazione Consiglio d'Europa R (87) 16.

³⁹⁵) Sezione I, punto V, raccomandazione Consiglio d'Europa R (87) 16.

³⁹⁶) Sezione I, punto VI, raccomandazione Consiglio d'Europa R (87) 16.

³⁹⁷) Sezione II, punto VIII, raccomandazione Consiglio d'Europa R (87) 16.

garanzie sono previste nella normativa statale, regionale e locale. Peraltro, la partecipazione dei privati è un principio fondamentale del procedimento amministrativo europeo.

È importante osservare che, nei procedimenti di valutazione e controllo dell'azione amministrativa la partecipazione dei cittadini, singoli e associati, non è prevista, se non nella procedura in cui sono valutati e definiti gli *standard* quantitativi inerenti ai servizi pubblici nazionali e locali³⁹⁸. In ogni caso, questi procedimenti sono regolati da una legge *ad hoc*, esterna alla disciplina generale del procedimento amministrativo.

La dottrina ha notato che la disciplina regionale in tema di partecipazione alle scelte amministrative di carattere generale si evolve a “macchia di leopardo”, seguendo uno sviluppo territorialmente disomogeneo. Si riscontra altresì una differenza in ordine all'ambito di applicazione dei vari modelli. In alcune Regioni, l'intervento dei privati riguarda solo l'adozione dei provvedimenti singolari; in altre, la partecipazione popolare è assicurata per tutta l'attività amministrativa; inoltre, alcune normative regionali di settore prevedono che i cittadini prendano parte alla formazione degli atti amministrativi generali.

Gli enti locali sono la dimensione in cui è maggiormente valorizzata la partecipazione popolare alle decisioni amministrativa. Per certi aspetti, questa circostanza è fisiologica, se non inevitabile, attesa la stretta connessione fra l'ente locale e i bisogni più immediati della comunità che esso rappresenta.

In definitiva, i limiti più stringenti alla partecipazione amministrativa sono contenuti nella legge statale sul procedimento. I privati possono presentare memorie scritte e concludere accordi con l'amministrazione; il provvedimento deve essere motivato. Nondimeno, la legge n. 241/1990 non garantisce la partecipazione dei cittadini nella formazione degli atti generali; resta da appurare in che misura è assicurata dalle normative di settore. A tale scopo, saranno presi in considerazione due ambiti: i procedimenti di regolazione economica - con particolare attenzione ai provvedimenti adottati dalle AAI - e quelli inerenti alle infrastrutture di interesse nazionale.

³⁹⁸) Art. 11 decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

IV - Partecipazione davanti alle autorità indipendenti.

1 - Normativa e giurisprudenza.

Le leggi che disciplinano l'operato delle Autorità amministrative indipendenti prevedono una vistosa "eccezione all'eccezione" rispetto alle norme generali sul procedimento amministrativo.

Le norme speciali vincolano alcune Autorità - deputate a regolare e controllare l'erogazione dei servizi di pubblica utilità, e dunque ad adottare atti di contenuto generale - al rispetto del contraddittorio con gli interessati³⁹⁹. Le

³⁹⁹) Come è noto, la legge 14 novembre 1995, n. 481, ha introdotto nel nostro ordinamento le AAI di regolazione per i servizi di pubblica utilità, e ne ha parzialmente disciplinato l'operato. Ciascuna AAI è tenuta a regolamentare la propria attività, garantendo agli interessati "la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione" (art. 2, comma 24, lettera a), e provvede a sentire gli esercenti del servizio e le associazioni dei consumatori e degli utenti prima di definire i livelli generali di qualità cui l'erogazione del servizio deve conformarsi (comma 12, lettera b); inoltre, le associazioni dei consumatori e degli utenti devono essere sempre sentite, con cadenza periodica (comma 23).

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) ha ottemperato in tempi brevi al dettato della legge, adottando la delibera 20 maggio 1997, n. 61 (Disposizioni in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas): l'Autorità doveva comunicare "l'avvio delle attività dirette alla predisposizione degli atti normativi e a contenuto generale"; nella comunicazione doveva essere fissato il termine "entro il quale è possibile far pervenire all'Autorità osservazioni e memorie scritte" (art. 5, comma 1, lettera c) e inoltre, se l'Autorità lo riteneva opportuno, potevano essere diffuse "versioni preliminari del provvedimento" al fine di "acquisire osservazioni scritte" (comma 2, lettera a). Successivamente, l'Autorità ha promosso una consultazione sulla nuova disciplina del procedimento di regolazione, in seguito alla quale è intervenuta la delibera GOP 30 ottobre 2009, n. 46: l'art. 5 della delibera n. 61/1997 è stato abrogato. Prima di adottare qualsiasi atto di regolazione, l'Autorità diffonde sempre un documento di consultazione, contenente gli elementi essenziali del progetto di regolazione: il documento precisa le questioni inerenti al progetto in merito alle quali sono sollecitate osservazioni e proposte (art. 3.1). La presentazione avviene di norma per via telematica (art. 4.3), in un termine che non può essere inferiore a trenta giorni e che può essere ridotto a sette giorni solo per motivate ragioni d'urgenza (art. 4.1-4.2). Non si dà luogo a consultazione quando devono essere emanati atti a contenuto vincolato o che attuano precedenti atti a loro volta sottoposti a consultazione (art. 4.3), né quando *esigenze di straordinaria urgenza, emergenza o segretezza* impediscono la partecipazione (art. 4.4).

L'Autorità garante per le comunicazioni (Agcom) deve pubblicare ogni proposta relativa a un provvedimento che abbia un "impatto rilevante" sul mercato di riferimento, consentendo alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni entro un termine non inferiore a trenta giorni: i risultati della procedura sono pubblicati sul Bollettino e sul sito *web* dell'Autorità (art. 11 decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 - Codice delle comunicazioni elettroniche).

stesse Autorità sono tenute a motivare i provvedimenti adottati⁴⁰⁰. In alcuni ambiti, le garanzie partecipative sono imposte alle AAI dalle norme europee⁴⁰¹.

Banca d'Italia, Consob e Istituto di vigilanza sulle assicurazioni (Ivass) devono consultare “*gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori*” prima di definire il contenuto degli atti di regolazione generale; sono esclusi gli atti di organizzazione interna (art. 23, comma 2, legge 28 dicembre 2005, n. 262 - Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari). Già il codice delle assicurazioni private - entrata in vigore poco prima della legge sul risparmio - impone all'Ivass di adottare i suoi regolamenti “*nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell'Istituto*”, previa pubblicazione dello schema di provvedimento (art. 191, comma 4, decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209). Si badi che i regolamenti attuativi della legge sul risparmio in tema di consultazione interna non si applicano ai pareri resi sugli atti delle altre Autorità e gli atti interpretativi, e soprattutto non si applicano ai regolamenti adottati in virtù della legge n. 241/1990 (art. 1, commi 1 e 4, regolamento Banca d'Italia 24 marzo 2010; art. 2, comma 2, regolamento Ivass 5 novembre 2013, n. 3): inoltre, la Banca d'Italia disciplina soltanto l'adozione degli atti di regolazione e vigilanza.

L'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ricorre alla consultazione pubblica, “*ove ritenuto opportuno*”, al fine di “*migliorare la qualità dei propri atti regolatori*”; la consultazione può avvenire *on-line* ovvero per mezzo di audizioni o tavoli tecnici (regolamento ANAC 8 aprile 2015). Atteso che il nuovo codice dei contratti pubblici ha notevolmente potenziato i poteri regolatori dell'Autorità, il Consiglio di Stato - nell'esprimere il proprio parere sullo schema iniziale del codice - non ha mancato di ribadire “*in considerazione della natura 'non politica', ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del 'principio di legalità sostanziale' con un più forte rispetto di criteri di 'legalità procedimentale'*”, “*l'obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di 'consultazione', che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al decision making process dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio*” (adunanza della Commissione speciale 21 marzo 2016, parere n. 855. La Commissione è stata istituita dal Presidente del Consiglio di Stato con il decreto 12 marzo 2016, n. 40). Il codice ribadisce che l'ANAC “*si dota di forme e metodi di consultazione*” nell'emanazione delle linee guida (art. 213, comma 2).

L'Autorità di regolazione dei trasporti deve consultare gli interessati, prima di adottare un atto di regolazione (regolamento 16 gennaio 2014). Secondo il consueto schema, è pubblicato sul sito *web* dell'Autorità un documento di consultazione, contenente la descrizione dell'atto che si intende emanare e le questioni sulle quali sono sollecitate le osservazioni e le proposte del pubblico, entro un termine non inferiore a trenta giorni, e con le stesse eccezioni previste nel procedimento davanti all'AEEG (art. 5, commi 1-3). Sono “*prese in considerazione soltanto le osservazioni e proposte argomentate e rese in forma non anonima*” (comma 5).

400) Art. 5 delibera GOP dell'AEEG n. 46/2009; art. 13, comma 9, codice delle comunicazioni elettroniche; art. 23, comma 1, legge sul risparmio; art. 8, comma 1, codice dei contratti pubblici.

401) Per le comunicazioni elettroniche, v. art. 6 direttiva 7 marzo 2002, 2002/21/UE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro). Se del caso, anche l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) consulta le parti interessate e consente loro di presentare osservazioni, prima di adottare pareri o prassi regolamentari (art. 17

La normativa si è evoluta in questo senso gradualmente, di pari passo con la giurisprudenza. In una decisione assai risalente, il Consiglio di Stato aveva negato che le AAI fossero tenute a consultare gli interessati. In quel caso, l'eccezione stabilita dall'art. 13 della legge n. 241/1990 era stata interpretata alla lettera; la normativa di settore, che pure prevedeva il contraddittorio, era stata considerata *tamquam non esset*⁴⁰².

In seguito, il Consiglio di Stato è giunto alla conclusione opposta. Innanzitutto, le AAI sono state richiamate agli obblighi previsti dalle leggi speciali⁴⁰³. In secondo luogo, la normativa di settore che disciplina la partecipazione alla formazione degli atti generali deve comunque essere interpretata secondo i principi stabiliti dalla legge sul procedimento; sicché, non può essere intesa nel senso di escludere l'intervento dei privati⁴⁰⁴.

In alcune decisioni più recenti, la giurisprudenza ha asserito che il contraddittorio con i privati è reso necessario dai principi generali che devono

regolamento 25 novembre 2009, n. 1219/CE, che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche e l'Ufficio).

402) Il collegio giudicante ha rigettato un ricorso volto ad annullare un provvedimento dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. La delibera n. 61/1997 era già in vigore; l'Autorità era già obbligata alla consultazione. Tuttavia, i ricorrenti avevano invocato le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo. *“Sotto il profilo formale, non sussistono i dedotti profili di violazione della normativa sulla partecipazione, poiché l'Autorità ha seguito il procedimento previsto dalla normativa vigente, svolgendo le relative formalità istruttorie: non rileva la circostanza che l'appellante non abbia ricevuto l'avviso dell'avvio del procedimento, poiché per l'art. 13 della legge n. 241 del 1990 non si applicano le norme del capo III, nei confronti dell'attività diretta alla emanazione di atti ... amministrativi generali”* (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 16 febbraio 2002, n. 961).

403) In questo caso, è stata confermata una sentenza che ha annullato, in primo grado, una delibera dell'AEEG. L'Autorità aveva determinato le tariffe all'ingrosso dell'energia elettrica destinata ai clienti del mercato vincolato, senza comunicare agli operatori l'avvio del procedimento. *“L'art. 13 della legge n. 241/1990 esclude l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento quando l'attività procedimentale sia diretta all'emanazione di atti amministrativi generali, ma con ciò non si è voluto significare che l'Autorità non debba rispettare le forme della partecipazione procedimentale prevista dalla normativa di settore vigente”* (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 1 ottobre 2002, n. 5105).

404) *“Il complesso dei principi ricavabili dalla legge n. 241/1990 in tema di partecipazione procedimentale, si pone come canone interpretativo della disciplina di settore, eventualmente imponendo di non fermarsi ad un'interpretazione letterale della lex specialis, ma di cercare, fra i significati e le interpretazioni possibili di un testo quello che è meglio in grado di soddisfare le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore”* (Consiglio di Stato, sentenza n. 5105/2002. Conformi: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 2 marzo 2010 n. 1215, resistente l'AEEG; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, sentenza 11 luglio 2012, n. 6320, resistente l'Agcom).

guidare l'attività amministrativa⁴⁰⁵. In particolare, la partecipazione dei privati è decisiva, affinché l'Autorità possa agire efficacemente: la consultazione agevola l'acquisizione di fatti ed elementi, allargando la base conoscitiva del decisore⁴⁰⁶. D'altra parte, il procedimento costituisce il contesto più adatto per l'emersione delle posizioni coinvolte; i privati possono trovare migliore soddisfazione se possono avanzare le loro istanze prima dell'adozione del provvedimento e della sua impugnazione in sede giurisdizionale⁴⁰⁷. Se ne deduce che le AAI, prima di adottare un atto, devono sempre consultare gli interessati, anche se si tratta di un atto generale; questo obbligo sussiste anche quando la normativa di settore non lo prevede espressamente. Solo la formazione degli atti vincolati può avvenire in assenza di contraddittorio⁴⁰⁸.

405) Una disposizione di un regolamento adottato dall'Ivass - allora Isvap - inerente ai conflitti di interesse degli intermediari nei contratti assicurativi è stata annullata per violazione di legge ed eccesso di potere. L'Autorità non aveva proceduto a rendere pubblica la sua decisione, prima di adottarla; pertanto, non aveva consentito lo svolgimento della consultazione prevista dalla normativa di settore. Secondo il collegio giudicante, la *ratio* delle garanzie procedurali previste dalla legge speciale risiedono nella "canonizzazione degli strumenti partecipativi introdotta con la legge 7 agosto 1990, n. 241"; inoltre, "il ricorso ad un tale modus procedendi costituisce per il soggetto pubblico non una facoltà ma un vero e proprio obbligo, ex art. 97 Cost., connaturale ad una nuova e diversa visione del rapporto tra pubblica amministrazione e amministrati, meno marcata dall'aspetto autoritativo del provvedere" (TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 3 novembre 2010 n. 33133).

Conforme: Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 31 agosto 2012, n. 4661. In primo grado, il TAR Lazio aveva annullato il Piano di numerazione automatica adottato dall'Agcom, in quanto non era stato rispettato il termine dilatorio che la legge prevede per consentire agli interessati di presentare le loro osservazioni. La sentenza è stata confermata, utilizzando questo argomento: "le garanzie procedurali hanno una propria valenza, in quanto sono poste a tutela del corretto modus operandi della P.A."

406) "Sotto il profilo funzionale, gli strumenti partecipativi hanno rilevanti effetti, concorrendo al contraddittorio che essi si propongono di sortire a massimizzare l'acquisizione al procedimento di dati e di elementi utili ai fini dell'adozione della determinazione finale" (TAR Lazio, Roma, sentenza n. 33133/2010).

407) "La previa esternazione del concreto atteggiarsi della volontà amministrativa in corso di determinazione da parte dell'autorità consente ai destinatari di apportare osservazioni e deduzioni, che possono rilevare nel senso di indurre la pubblica amministrazione ad orientarsi in modo interamente o parzialmente difforme dagli intenti iniziali. Inoltre, essa scongiura il venire ad esistenza di provvedimenti "a sorpresa", per effetto dei quali il primo confronto critico in ordine alla portata dell'atto viene sottratto alla dialettica della sede propria amministrativa, per essere integralmente trasferito in ambito giudiziale, con il grave vulnus consistente nella privazione della più ampia interlocuzione, attinente anche ai profili di opportunità e di stretto merito tecnico ed economico, che solo la fase procedimentale amministrativa è destinata ad assicurare" (TAR Lazio, Roma, sentenza n. 33133/2010).

408) "Fa eccezione, come pure noto, la sola ipotesi in cui si operi nel campo dei procedimenti a carattere vincolato, in cui l'esercizio dell'attività amministrativa è predeterminato dalla legge" (TAR Lazio, Roma, sentenza n. 33133/2010). Seguendo questo ragionamento, la *summa divisio* - ai fini

Secondo un diverso filone giurisprudenziale, le AAI devono consentire la partecipazione del pubblico interessato e motivare i propri atti; in definitiva, si ribadisce l'esistenza di una "eccezione all'eccezione"⁴⁰⁹. Nondimeno, questa prescrizione non sorge dai principi generali che reggono l'azione amministrativa, bensì dalla peculiare natura delle AAI stesse. Infatti, essendo "indipendenti" dal potere politico, le Autorità non sono soggette all'indirizzo del Governo, ossia dall'organo che esercita il potere esecutivo rispondendone al Parlamento eletto dal popolo; pertanto, le AAI soffrono di una carenza di legittimazione democratica, alla quale si può rimediare solo consentendo la partecipazione dei privati ai procedimenti di sua competenza⁴¹⁰. Per questa

della partecipazione procedimentale - non è più fra atti generali e singolari, bensì fra atti a contenuto vincolato e non vincolato.

409) La delibera con cui l'AEERG aveva stabilito i criteri per la determinazione delle tariffe per la distribuzione del gas naturale - relativamente al periodo intercorrente dall'1 ottobre 2004 al 30 settembre 2008 - è stata oggetto di ricorso, dapprima al TAR Lombardia, quindi al Consiglio di Stato. Alcuni operatori del settore hanno lamentato di non avere potuto "*partecipare in modo effettivo al procedimento*". Questa censura è stata ritenuta infondata - si badi - "*non perché ai procedimenti regolatori non si applichino le norme sulla partecipazione e sulla motivazione degli atti amministrativi, ma perché le regole del giusto procedimento sono state in concreto rispettate*". Infatti, "*ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano (...) le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 3 e 13 l. n. 241/90)*" (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 16 marzo 2006, n. 1409. *Conforme*: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 aprile 2006, n. 2007).

Con la sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972, la VI sezione del Consiglio di Stato ha annullato per insufficiente motivazione una delibera dell'AEERG. L'Autorità deve motivare il provvedimento di regolazione contestualmente alla sua adozione, e non può integrarne la motivazione nel corso del giudizio di primo grado in cui lo stesso provvedimento è impugnato. "*Non essendo corretto ritenere (...) che la partecipazione degli interessati ha una mera funzione collaborativa e non impone all'Autorità alcun conseguente obbligo motivazionale*" l'Autorità "*è tenuta ad indicare la finalità dell'intervento regolatorio e a motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate; pur non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione, l'Autorità deve però dare conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione*".

410) "*L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo (...). In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale. Del resto, non è pensabile che l'attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di (...) obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio*" (Consiglio di Stato, sentenza n. 1409/2006. *Conformi*:

ragione, non è ammesso che le AAI derogino alle norme che impongono il rispetto delle garanzie procedurali, neanche in caso di urgenza⁴¹¹; inoltre, la consultazione deve essere assicurata anche quando le considerazioni avanzate dai privati non sono sufficienti a modificare il contenuto della decisione⁴¹².

2 - La “asimmetria” tra AAI e Ministeri.

Le conclusioni tratte dalla giurisprudenza consentono di rinvenire due ragioni di fondo per coinvolgere i privati nell’attività di regolazione svolta dalle AAI. L’intervento degli interessati provvede a conferire a questi organi “indipendenti” dal Governo una legittimazione “dal basso”.

In più, davanti alle AAI non viene meno la necessità di consentire il pieno esercizio della sovranità popolare nelle decisioni pubbliche - nonché di rafforzare l’imparzialità dell’azione amministrativa e il suo buon andamento - per mezzo della partecipazione.

A rigore, queste due esigenze non sono in contraddizione. Se si asserisce che la partecipazione, in virtù della sua funzione democratica, è essenziale per riportare l’operato delle AAI sotto il controllo dei cittadini, non si negano

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenze 20 aprile 2006, n. 2201, 2 maggio 2012, n. 2521, e 20 marzo 2015, n. 1532, oltre alle già citate sentenze nn. 2007/2006 e 7972/2006).

⁴¹¹) Se le disposizioni di settore limitano le garanzie partecipative, esse devono essere interpretate restrittivamente: “è allora evidente che la previsione di cui al richiamato articolo 4.4 della delibera n. 46/2009 (...) debba essere interpretata in modo del tutto restrittivo (ed intesa quale previsione eccezionale prima ancora che lato sensu derogatoria) (...) Ciò, al fine di evitare che la mera affermazione relativa all’esistenza di generiche ragioni di ‘straordinaria urgenza’ possa legittimare l’Autorità di settore a svincolare sé medesima dal necessario (e tendenzialmente indefettibile) presidio di legalità in senso procedimentale rappresentato dal previo esperimento della consultazione pubblica” (Consiglio di Stato, sentenza n. 1532/2015).

⁴¹²) “Il carattere del tutto fondante che il rispetto della legalità in senso procedimentale riveste nell’ambito della legittimazione dell’esercizio delle attività di regolazione delle Autorità indipendenti non ammette lo svolgimento ex post di un giudizio controfattuale (o di prognosi postuma) circa gli esiti che la pur doverosa partecipazione - in concreto omessa - avrebbe prodotto laddove fosse stata correttamente ammessa. Un siffatto approccio, lo si ripete, può essere compatibile con il principio di strumentalità delle forme”, ma non è valido “nel diverso settore dell’esercizio dell’attività di regolazione delle Autorità indipendenti, nel cui ambito il corretto, doveroso e diligente esercizio dell’interlocuzione procedimentale ex ante costituisce di per sé una delle condizioni (non eliminabili e non sostituibili) di conformità a costituzione dello stesso modello regolatorio prima ancora che di conformità a legge del suo concreto esercizio. Ne consegue che il mancato rispetto delle richiamate garanzie e regole procedurali determini ex se l’illegittimità dell’atto regolatorio finale, senza che sia possibile invocare il ricorso al richiamato giudizio di carattere controfattuale” (Consiglio di Stato, sentenza n. 1532/2015).

affatto i benefici che la partecipazione apporta all'azione amministrativa nel suo insieme⁴¹³, anche nei procedimenti che non riguardano le AAI.

Nondimeno, a questo proposito, si registra un'antinomia nella vigente normativa in tema di regolazione economica. Nell'ordinamento italiano, il Governo è il principale titolare del potere di regolazione amministrativa⁴¹⁴. Inoltre, la legge attribuisce ai ministeri il potere di dettare norme generali per disciplinare taluni settori economici, in concorrenza con le AAI⁴¹⁵. In sé, questa sovrapposizione di compiti fra Governo e AAI è giustificata, almeno in linea di principio⁴¹⁶, dalla necessità di improntare l'attività di regolazione a criteri sia tecnici che politici⁴¹⁷. Tuttavia, in queste materie⁴¹⁸, le normative di settore

413) Infatti, le stesse sentenze che invocano la partecipazione dei privati per sanare il deficit democratico delle AAI non mancano di esaltare la funzione collaborativa del contraddittorio. *“Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati?”* (Consiglio di Stato, sentenza n. 1409/2006. *Conformi*: Consiglio di Stato, sentenze nn. 2007/2006, 2201/2006, 7972/2006).

414) Il Governo ha il potere di disciplinare tutte le materie in cui *“manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge”*. (Art. 17, comma 1, lettera c), legge 23 agosto 1988, n. 400 - Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri).

415) La legge n. 481/1995 prepone le AAI *“alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza”* (art. 2, comma 5), e, al tempo stesso, fa salve *“le funzioni di indirizzo nel settore spettanti al Governo”* (art. 2, comma 17). Manca uno studio che ricostruisca organicamente il quadro normativo. Per il settore dell'energia, v. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, pp. 436-479.

416) *“Talvolta si ha l'impressione che le competenze siano state ripartite a caso”* (CLARICH, *Autorità indipendenti - Bilancio e prospettiva di un modello*, Bologna, 2005, p. 34).

417) La competenza tecnica in possesso dei componenti di una Autorità di regolazione consente l'adozione di soluzioni efficaci ed efficienti, adeguate alla complessità della materia che deve essere regolata. La loro indipendenza dal potere politico agevola l'azione imparziale dell'amministrazione, al momento di disciplinare quei segmenti di mercato in cui operano anche soggetti pubblici o controllati dall'autorità pubblica.

Al contempo, il mercato non è un fenomeno naturale e immutabile, bensì un insieme di interazioni che possono essere modificate e indirizzate, onde ottenere determinati risultati: nel nostro ordinamento, l'attività economica non solo “può”, bensì “deve” essere indirizzata a fini sociali (art. 41 Cost.). *“Il mercato, in quanto ordine degli scambi, ha bisogno di norme ordinatrici; (...) ogni mercato è quale viene disegnato dal suo proprio statuto giuridico (...) Il mercato è la legge, che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative. Cadono così i caratteri di naturalità ed a-politicità che si sogliono invocare a protezione di un dato mercato”* (IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, pp. 11-12). *Contra*, VON HAYEK: *“la struttura ordinata prodotta dal mercato è non un'organizzazione, ma un ordine spontaneo o cosmos”* (*La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, 1968, in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando, 1988, pp. 100-101).

vincolano solo le AAI al rispetto del contraddittorio; viceversa, in assenza di disposizioni speciali contrarie, e stante la generale assenza di norme che garantiscano espressamente la partecipazione nei procedimenti regolatori, i ministeri risultano sollevati da ogni onere procedurale in tal senso. L'unica, rilevante, eccezione riguarda il settore delle comunicazioni elettroniche: tuttavia, il Ministero è tenuto ad assicurare l'intervento dei privati, ma non a motivare gli atti di regolazione⁴¹⁹.

Se due organi sono investiti da poteri del tutto analoghi, è irragionevole che essi non abbiano i medesimi doveri nei confronti dei cittadini. L'attuale normativa assume tratti addirittura paradossali, se si considera che il Ministero per lo sviluppo economico è vincolato al rispetto del contraddittorio quando regola il settore delle comunicazioni elettroniche, ma non soggiace agli stessi oneri quando disciplina il mercato dell'energia elettrica e del gas.

Questa asimmetria sarebbe ammissibile solo se si identificasse nella carente legittimazione delle AAI l'unico valido motivo per assicurare la partecipazione dei privati, il che equivarrebbe a negare l'esistenza di un nesso fra le garanzie

Se la regolazione dei mercati richiede anche l'assunzione di scelte puramente valoriali - non essendo sufficiente una mera e obiettiva valutazione tecnica dell'esistente - allora non c'è alcuna ragione per attribuire alle AAI pieni poteri in materia, atteso che i loro componenti non hanno altro punto di forza se non un'elevata conoscenza tecnica del settore che sono chiamati a regolare, e che il loro operato - come si è visto - è in gran parte sottratto al controllo democratico. (*“Può essere posta la distinzione tra decisioni regolatorie e decisioni che determinano una redistribuzione di ricchezza e di risorse. Queste ultime hanno una valenza politica e, a meno che non si voglia imboccare la strada antidemocratica della tecnocrazia, devono essere attribuite al Governo e ai ministri politicamente responsabili.”* CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 33-34. Ovviamente, all'atto pratico, la distinzione dei ruoli fra autorità tecnica e politica non è agevole: *“il confine tra decisione tecnica e decisione politica tende spesso a sfumare”*; in talune situazioni concrete, la decisione necessaria potrebbe essere connotata tanto da un *“alto tasso di tecnicismo”*, quanto da *“elementi di politicità ineliminabili”*).

418) In realtà, considerando tutti i settori, è raro che le attività normative del Governo siano assoggettate al rispetto di garanzie procedurali. Fra le eccezioni, si segnala la consultazione finalizzata all'analisi d'impatto della regolazione (art. 14, comma 5, legge 28 novembre 2005 - Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005), i cui aspetti procedurali - comunque - non sono ancora stati disciplinati. Sul tema, si rinvia a GRISOLIA, *Il ravvicinamento formale/procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione/consultazione nell'attività normativa del Governo*, in *Osservatorio delle fonti*, Giappichelli, 2007, n. 2, pp. 49-79.

419) È emblematico il tenore dell'art. 13, comma 9, codice delle comunicazioni elettroniche. Mentre i commi 1-7 dell'articolo impongono, tanto al Ministero quanto all'Agcom, il rispetto di determinati obiettivi e principi, il comma 9 vincola la sola Autorità a motivare i suoi atti.

procedimentali e i principi generali dell'azione amministrativa. Al contrario, gli elementi acquisiti nel corso di questa indagine mostrano la fallacia di questa conclusione: in dottrina è pacificamente riconosciuta la funzione democratica, collaborativa e garantistica della partecipazione. Per giunta, secondo alcuni autori, le AAI sono soggette allo stesso regime - e dunque alle stesse incombenze - delle altre pubbliche amministrazioni⁴²⁰. Inoltre, la relazione fra la loro legittimazione democratica e l'intervento dei cittadini nel loro operato è più controversa di quanto appaia, e va adeguatamente contestualizzata.

3 - Autorità indipendenti, legittimazione democratica e partecipazione.

La partecipazione all'attività di regolazione è prevista da tempo negli Stati Uniti, secondo il metodo c.d. “*notice and comment*” che il legislatore italiano ha più volte adottato: nell'attività di *rulemaking*⁴²¹, l'amministrazione (*agency*)⁴²²

420) “È fuori di dubbio che” le AAI “debbono essere considerate amministrazioni. Se non altro per la semplice ragione che, stante l'impossibilità di definire l'attività amministrativa attraverso un criterio contenutistico, giacché una caratterizzazione oggettiva della funzione amministrativa non esiste, non resta che definirla” come “tutto ciò che non è di competenza né dei giudici né delle Camere (...) La natura amministrativa consente di ritenere applicabile alle autorità indipendenti tutto quel corpus di principi che caratterizzano il ‘regime amministrativo’: se pure la legge 241/1990 non ha considerato le amministrazioni indipendenti, la riconducibilità di queste ultime nell'ambito della pubblica amministrazione ne impone di per sé l'applicabilità” (MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, quaderno Cesifin n. 6, Torino, 2001, pp. 168 e 184).

Contra, CASSESE: chi “giunge alla facile conclusione che le autorità indipendenti facciano parte dell'apparato esecutivo, rientrano nella pubblica amministrazione fa l'errore di attribuire le autorità indipendenti ad uno dei tre poteri, accettando il dogma che tutto ciò che non è giurisdizione e legislazione, è amministrazione” (*Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, ne *Il Foro italiano*, Roma, 1996, n. 5, p. 9). Poiché le Autorità non sono “organi o enti politicamente rappresentativi, o comunque connessi ad una responsabilità politica”, se ne deve concludere che ad esse “debbono applicarsi non i principi generali desunti dalla legge sul procedimento amministrativo, bensì le regole integrali del contraddittorio paritario ‘del giusto processo’” (MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2002, Milano, 2003, pp. 189-190).

421) Ossia l'attività finalizzata all'adozione di atti generali, disciplinata dal § 553 *Administrative Procedure Act* (APA). L'emanazione di provvedimenti singolari (*adjudication*) è regolata dal § 554 APA (*v. section c*): “*the agency shall give all interested parties opportunity for the submission and consideration of facts, arguments, offers of settlement, or proposals of adjustment when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit; and to the extent that the parties are unable so to determine a controversy by consent, hearing and decision on notice*”).

422) Il termine designa, genericamente, tutti gli organi pubblici diversi dal Congresso, dalle Corti, dalle autorità militari e dagli organi che risolvono controversie includendo soggetti rappresentativi degli interessi in gioco (“*Agency means each authority of the*

predispone uno schema del provvedimento finale (*notice*) e lo mette a disposizione del pubblico, in modo che questo possa presentare osservazioni e proposte (*comment*); a sua volta, il provvedimento finale deve essere reso pubblico per almeno trenta giorni - salvo alcune tassative eccezioni - e deve dare conto delle motivazioni (*basis and purpose*) su cui si fonda⁴²³. Proprio la letteratura giuridica nordamericana ha individuato nella partecipazione dei privati uno strumento per legittimare l'adozione di atti amministrativi a portata generale⁴²⁴: includere i privati nella decisione consentirebbe al cittadino di

Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency": § 551 APA. Cfr. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e ordinamento neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Quaderni del Consiglio di Stato, n. 2, Torino, 1997, p. 25).

423) § 553, *sections b)-e*), APA. In alcuni casi, la legge può vincolare l'amministrazione a provvedere *on the record*, dopo aver disposto l'audizione dell'interessato (*hearing*) secondo regole procedurali più stringenti, disposte dal § 553, *section c*), ultimo periodo.

La giurisprudenza riconosce all'amministrazione un'ampia discrezionalità, cui fa da contraltare un severo sindacato giurisdizionale (*hard look*) a proposito del rispetto delle garanzie procedurali (cfr. CASSESE, *La partecipazione dei privati*, op. cit., p. 23). In particolare, la motivazione deve consentire al giudice di verificare le tematiche e gli elementi emersi nel corso della procedura ("We do not expect the agency to discuss every item of fact or opinion included in the submissions made to it in informal rulemaking"; la motivazione deve mostrare "what major issues of policy were ventilated by the informal proceedings and why the agency reacted to them as it did". U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, *Automotive Parts & Accessories Ass'n v. Boyd*, 1968). Inoltre, deve essere assicurata la corretta informazione dei cittadini: "when the basis for a proposed rule is scientific decision, the scientific material which is believed to support the rule should be exposed to the view of interested parties for their comment (...) The inadequacy of comment in turn leads in the direction of arbitrary decision-making". (U.S. Supreme Court, 2nd Circuit, U.S. v. *Nova Scotia Food Corp.*, 1977). Comunque, il giudice non può imporre il rispetto di vincoli procedurali ulteriori rispetto a quanto previsto dalla legge (U.S. Supreme Court, *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*, 1978).

Allo scopo di scongiurare il rischio della "ossificazione", l'APA (§ 561-570a) prevede la c.d. *regulatory negotiation procedure*. Dopo la fase di *notice*, l'amministrazione può ritenere opportuna la formazione di un comitato, che includa i rappresentanti degli interessi ritenuti più rilevanti e almeno un rappresentante dell'autorità stessa (§ 563, *section a3*, e 565, *section b*), con lo scopo di raggiungere un consenso sull'atto finale (§ 562, *section 7*); se si raggiunge un accordo, il comitato trasmette all'amministrazione procedente un *report* contenente la proposta che ne consegue (§ 566, *section f*). Com'è evidente, questa procedura combina elementi di partecipazione procedimentale e organica.

424) La potestà normativa dell'amministrazione non è mai stata pacificamente ammessa nella tradizione giuridica degli Stati Uniti. La dottrina ha messo in luce la necessità di legittimare democraticamente la discrezionalità amministrativa, tema già affrontato nei precedenti capitoli.

Inoltre, la Costituzione non prevede che il potere normativo, naturalmente attribuito al Congresso ("All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States": art. I, *section 1*, Cost. Stati Uniti d'America), possa essere delegato ad altri organi. Fino all'inizio del secolo scorso, la Corte Suprema negava espressamente la legittimità di una simile ipotesi ("That Congress cannot delegate legislative power to the President is a principle universally

controllare e indirizzare le scelte dell'autorità amministrativa laddove la legge le conferisce ampia discrezionalità. La dottrina ha attribuito rango costituzionale alla partecipazione amministrativa, in virtù della *due process clause*⁴²⁵.

Come anticipato, la giurisprudenza italiana ha evidenziato una carenza di legittimazione nell'operato delle AAI - dovuta al loro sganciamento dal circuito democratico-rappresentativo - alla quale si può sopperire assicurando ai cittadini la partecipazione nei procedimenti di loro pertinenza. Dunque, occorre accertare se le AAI soffrano davvero di quel *deficit* democratico,

recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution". U.S. Supreme Court, Northern District of Illinois, *Field v. Clark*, 1892). La successiva giurisprudenza della Corte Suprema non ha ritenuto che l'esercizio di un potere normativo delegato fosse contrario alla Costituzione. Tuttavia, la stessa Corte ha sancito l'illegittimità degli atti generali adottati dall'esecutivo, quando non si limitano ad attuare principi generali precedentemente stabiliti dal Congresso ("assuming - not deciding - that Congress itself might have the power sought to be delegated to the President (...) the attempted delegation is plainly void, because the power sought to be delegated is legislative power, yet nowhere in the statute has Congress declared or indicated any policy or standard to guide or limit the President when acting under such delegation". U.S. Supreme Court, 5th Circuit, *Panama Refining Co. v. Ryan*, 1935, Syllabus n. 4) e ha affermato che il potere legislativo deve enunciare un "intelligible principle" cui l'amministrazione deve conformarsi ("So long as Congress shall lay down by legislative act an intelligible principle to which the person or body authorized to [exercise the delegated authority] is directed to conform, such legislative action is not a forbidden delegation of legislative power". U.S. Supreme Court, 8th Circuit, *United States v. Mistretta*, 1989).

Ad ogni modo, la dottrina non è ancora del tutto unanime in ordine alla legittimità della *delegation*: cfr. la sintesi di KISCHEL, *Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law*, in *Administrative Law Review*, 1994, pp. 227-228).

A parere di STEWART, le disposizioni di legge che vincolano l'attività amministrativa non sono sufficienti a orientare per intero le decisioni che ogni *agency* assume in concreto; "the 'transmission belt'" - la "cinghia di trasmissione" fra legislativo e amministrazione - "fails because broad legislative directives will rarely dispose of particular cases" (*The Reformation*, op. cit., p. 1684). Lo stesso Autore evidenzia i limiti delle uniche due misure che, a suo avviso, potrebbero legittimare l'azione amministrativa, ossia "the regular popular election of agency members, or their appointment for specific terms by private organizations designated by Congress" (pp. 1790-1799). Al contempo, sottolinea che "the interest representation might develop into an acceptable solution to this dilemma", sapendo che la giurisprudenza ha ampliato le garanzie partecipative nel procedimento ("judges have expanded participation rights in a fashion that points toward the development of an interest representation theory of administrative law to replace the traditional model": p. 1813).

425) Secondo TRIBE, da un lato "there is intrinsic value in the due process right to be heard, since it grants to the individuals or groups against whom government decisions operate the chance to participate in the processes by which those decisions are made, an opportunity that expresses their dignity as persons", dall'altro "the case for due process protection grows stronger as the identity of the persons affected by a governmental choice becomes clearer (...) For when government acts in a way that singles out identifiable individuals, it activates the special concern about being personally talked to about the decision rather than simply dealt with". (*American Constitutional Law*, Mineola-NY, 1988, pp. 666-667).

sebbene questa indagine non miri a formulare conclusioni in ordine alla “indipendenza” delle AAI e al loro ruolo nell’ordinamento costituzionale.

È appena il caso di evidenziare che le AAI sono - naturalmente - soggette alla legge⁴²⁶, ma non alle direttive impartite dal Governo, titolare dell’unità di indirizzo politico secondo l’art. 95 Cost. e direttamente responsabile di fronte al popolo rappresentato dal Parlamento⁴²⁷. Al contempo, esse hanno un generico dovere di informare periodicamente il Parlamento e il Governo in merito all’attività svolta⁴²⁸.

Ciò premesso, si è già affermato che, nell’esercizio della discrezionalità amministrativa, è costante l’esigenza di garantire la legittimità democratica delle scelte - in quanto l’attività discrezionale, per definizione, consiste in un insieme di azioni non espressamente contemplate dalla legge - e si è già appurato che la partecipazione è un utile strumento in tal senso. Tuttavia - in estrema sintesi - la dottrina osserva che questa esigenza, benché comune all’intera attività amministrativa, è ancora più pressante nei procedimenti davanti alle AAI⁴²⁹:

426) *“Indipendenza non significa però che le Autorità sono indipendenti anche dal Parlamento. Anzi, dobbiamo affermare proprio l’opposto. Questo, anzitutto, deriva da ciò che possiamo considerare una notazione ovvia, che le Autorità indipendenti, come ogni altro soggetto dell’ordinamento pubblico o privato che sia, sono soggette alla legge”* (CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, ne *L’indipendenza delle Autorità*, a cura di GRASSINI, Bologna, 2001, p. 54).

427) *“Le autorità indipendenti sfuggono dalla politica generale di cui all’art. 95 Cost.”* e alterano il *“canone ufficiale della responsabilità ministeriale, alterando di riflesso il rapporto Governo-Parlamento tipico del regime parlamentare”* (MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo*, op. cit., p. 173).

428) *“Ciascuna Autorità”* di regolazione dei servizi di pubblica utilità *presenta annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri una relazione sullo stato dei servizi e sull’attività svolta*” (art. 2, comma 12, lettera i), legge n. 481/1995). La Banca d’Italia (art. 19, comma 4, legge sul risparmio) trasmette annualmente a Parlamento e Governo una relazione sulla propria attività; *idem* Consob (art. 4, comma 8, decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 giugno 1974, n. 216) e Ivass (art. 4, comma 3, legge 12 agosto 1982, n. 576, e successive modifiche) che devono presentare la relazione - rispettivamente - al Ministro dell’economia e al Presidente del Consiglio dei ministri. *“Come il principio di legalità risulta attenuato, e deve essere integrato, così il principio di soggezione all’indirizzo governativo subisce analoghe vicende. Esso pure risulta affievolito, come sappiamo (...) ma non per questo viene meno (...) in quanto risulta sostituito dal congiunto indirizzo e controllo parlamentare, in maniera speculare alle forme di investitura delle autorità indipendenti”* (MANETTI, *Poteri neutrali*, op. cit., p. 216).

429) Al *“momento non elettivo”* delle AAI *“vengono contrapposti la partecipazione nel procedimento, la professionalità del decisore, il suo non essere di estrazione partitica”*: l’AAI *“è contropotere in forza del suo peso e della sua diversa legittimazione”* (PREDIERI, *L’erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, p. 58). *“A chi sostiene che le Autorità debbano essere anche politicamente accountable e, quindi, meno indipendenti, può solo risponderci che esse sono in*

esse godono di una discrezionalità⁴³⁰ particolarmente ampia, in virtù della particolare complessità della materia che esse sono chiamate a regolare⁴³¹.

In sintesi, la carenza di legittimazione sorge da un eccesso di discrezionalità. Si tratta di una tematica comune all'intera attività amministrativa, e non solo alle

altro modo accountable (...) la loro legittimazione non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale" (CASSESE, *Negoziato e trasparenza*, op. cit., p. 42). "L'ampia procedimentalizzazione (...) funge da antidoto rispetto alla anomala collocazione" delle AAI "nel sistema costituzionale" (MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo*, op. cit., p. 225). "Il carattere né elettivo né responsabile politicamente delle Autorità di regolazione, da un lato, l'impreciso mandato legislativo, dall'altro, costituiscono elementi problematici all'interno del nostro complessivo sistema. Tuttavia il deficit sia di legittimazione democratica sia di legalità sostanziale è in grado di essere colmato, almeno in parte, da garanzie procedurali rinforzate" (RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio*, op. cit., p. 202).

Cfr. AMATO: "in assenza delle necessarie regole procedimentali, quella che dovrebbe appunto essere soluzione in chiave non politica di conflitti fra interessi legalmente protetti diviene ipso facto mediazione di interessi. E a quel punto cade la legittimazione ad occuparsene dell'Autorità indipendente e riemerge, doverosamente, quella del Parlamento". Ciò premesso, "tanto maggiore sarà la presenza di regole di contraddittorio e di garanzia procedimentale, tanto maggiori saranno l'autorevolezza e la legittimazione che le Autorità riusciranno ad avere" (Conclusioni, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, op. cit., p. 101).

La consultazione prevista dai regolamenti dell'ISVAP costituisce "una ulteriore garanzia di osservanza del principio di legalità sostanziale, nel senso (...) che la indeterminatezza del parametro legislativo può essere compensata da garanzie di ordine procedurale" (Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, adunanza del 14 febbraio 2005, parere n. 11603).

430) Gli atti delle AAI presentano, sovente, contenuti di discrezionalità tecnica, ma "la conclusione per cui l'attività delle autorità indipendenti sarebbe tutta o parajurisdizionale o meramente dichiarativa e dunque non sarebbe mai caratterizzata da discrezionalità amministrativa non può essere condivisa, e meno ancora può essere condivisa la conclusione per cui sarebbe una attività priva di contenuti provvedimentali e dunque sostanzialmente giurisdizionale" (MORBIDELLI, op. ult. cit., p. 243).

Ma cfr. CUNIBERTI: nella prassi, "in una grande varietà di casi" la potestà regolamentare delle AAI "è tutt'altro che svincolata da limiti legislativi" ed è "meramente esecutiva della normazione primaria", o, al più, è "integrativa dei principi e dei criteri direttivi posti dalla legge" (Autorità indipendenti e libertà costituzionali, Milano, 2007, p. 502).

431) "La crisi della legge si manifesta in modo particolarmente evidente nel caso delle Autorità indipendenti, visto che esse sono state istituite per regolare fenomeni e settori di attività soggetti a una evoluzione tecnologica e di mercato rapidissima, tale da rendere estremamente difficile, se non addirittura impossibile, al legislatore il compito di porre una disciplina completa, immune dal rischio di una rapida obsolescenza (...) La crisi della legge si risolve dunque in una caduta del valore della legalità sostanziale applicato ai poteri esercitati dalle Autorità indipendenti, caduta che deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale" (CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 2004, pp. 66 e 68).

"Gli elementi rappresentati dalla partecipazione al procedimento, e da un adeguato sindacato giurisdizionale sembrano invero idonei ad integrare la carente subordinazione alla legge, e quindi a impedire che l'amministrazione diventi libera o 'dominante', come la Costituzione richiede (...) Una volta ammesso, infatti, che esistano materie nelle quali il legislatore non può, o non vuole, o addirittura non deve (a causa della delicatezza dell'oggetto) dettare una disciplina compiuta - incrinando la investitura democratica che deriva all'amministrazione dalla legge - l'equilibrio potrà essere ristabilito aggiungendo una forma di legittimazione diversa, ma equivalente, quale quella rappresentata dalla possibilità dei cittadini di partecipare al procedimento" (MANETTI, op. ult. cit., pp. 215-216).

AAI. Come si è accennato in precedenza, la società odierna si caratterizza per la presenza di molteplici posizioni soggettive, non facilmente classificabili⁴³²: di conseguenza, l'autorità pubblica - che già, per sua natura, non può conoscere tutti gli aspetti delle singole questioni in cui interviene - non può predeterminare integralmente l'interesse pubblico per mezzo di una norma astratta; così, l'efficacia degli atti amministrativi dipende anche dalle informazioni che l'autorità acquisisce consultando le parti interessate. Secondo la dottrina, queste trasformazioni nelle dinamiche sociali incidono sull'efficacia delle leggi, intese come strumento di disciplina: il legislatore, oggetto di una diretta investitura da parte dei cittadini, tende ad adottare norme sempre meno dettagliate⁴³³ e, dunque, sempre meno vincolanti per il soggetto chiamato ad applicarle; così, aumenta il margine di manovra attribuito all'amministrazione, che si trova frequentemente a emanare norme di portata generale⁴³⁴. Poiché

432) Cfr. le osservazioni di ROSANVALLON, riportate *supra*. Ma v., più in generale, le parole di NIGRO: "L'amministrazione (...) è diventata sempre più (...) una pluralità di centri di regolazione d'interessi o, se si vuole, di determinazione di assetti d'interesse". (Relazione, *op. cit.*, p. 14).

433) "La moderna prassi amministrativa è caratterizzata da un così alto livello di complessità, situatività e incertezza, che la sua produzione legislativa non è più né concettualmente prevedibile né normativamente determinabile (...)". Il ventaglio delle forme giuridiche si allarga fino a includere leggi-provvedimento, leggi a termine di tipo sperimentale, leggi d'indirizzo poggianti su incerta prognosi. E la penetrazione di rinvii in bianco, clausole generali, e più in generale l'uso di concetti giuridicamente indeterminati nel linguaggio del legislatore, hanno finito per scatenare un dibattito sulla "indeterminatezza del diritto" (HABERMAS, *Fatti e norme, op. cit.*, p. 511; la frase riportata è di GRIMM, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in *Die Zukunft der Verfassung*, Francoforte sul Meno, 1991, p. 172). Anche BIN nota "la crescente incapacità della legge di risolvere in via preventiva, generale e astratta i conflitti di interesse; questo significa trasferire all'amministrazione il compito di verificare e comporre gli interessi collegati alle situazioni concrete" (*Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 162).

Ma cfr. POLITI: in Italia, "questa tendenza del legislatore non è univoca, in quanto continuano a registrarsi (anche) numerose leggi provvedimento. Appare dunque più corretto affermare l'esistenza di tendenze contrastanti all'interno della legislazione parlamentare in cui a leggi volte a disciplinare anche aspetti estremamente minuziosi si affiancano leggi in cui il legislatore abdica al potere normativo per interi settori" (v. alla voce *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica*, 2001, vol. XXX, p. 20).

434) Cfr. MANETTI (*op. ult. cit.*, pp. 208-210). "L'esplosione di un insieme di domande sociali assai difficili da governare" ha comportato "un rovesciamento di fronte, per il quale l'amministrazione, pensata finora come mero apparato servente di quello politico, viene investito di un compito di gestione e mediazione degli interessi, che non è in grado di svolgere al riparo delle pressioni politico-partitiche anche perché non dispone di un'ideale guida legislativa"; pertanto, l'amministrazione "è chiamata, nei fatti, a svolgere un ruolo politico, nascente dal rapporto con gli interessi e reso necessario dall'assenza di indicazioni cogenti e unificanti" da parte della legge, ma anche dall'indirizzo del Governo. "Posta di fronte al problema del ruolo politico dell'amministrazione" la dottrina suggerisce due soluzioni: o "la (inevitabile) carenza di indicazioni legislative e/o di indirizzo" è compensata

l'amministrazione è pur sempre titolare di una mera legittimazione indiretta da parte dei cittadini, alcuni autori sostengono la necessità di irrobustire la democraticità delle sue decisioni, mediante la partecipazione⁴³⁵.

In realtà, si ribadisce che il principio di sovranità popolare richiede l'intervento popolare in tutte le decisioni pubbliche, indipendentemente dalla discrezionalità che le connota; *idem* dicasi per i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Anche quando il contenuto del provvedimento fosse interamente vincolato dalla legge - e, dunque, dal Parlamento, espressione della volontà popolare - resterebbe l'esigenza di garantire il controllo dei cittadini sull'attività concreta che l'amministrazione svolge in esecuzione della norma. Pertanto, ogni attività amministrativa, sia essa vincolata o discrezionale, deve - tendenzialmente - svolgersi in modo che i

*“dall'applicazione di criteri di logica e di tecnica oggettivamente rilevabili”, oppure “la mancanza di scelte politiche capaci di orientare l'esercizio della discrezionalità” è supplita “dal dialogo che l'amministrazione può e deve intrattenere con la società, acquisendo un ruolo servente nei confronti di quest'ultima, e non più dello Stato-apparato”. Quest'ultima soluzione è la più coerente con il principio di sovranità popolare; si tratta della nota ipotesi di BENVENUTI, riportata *supra* e pacificamente accolta anche in questa sede. L'Autrice ne deduce (pp. 213-214) che “l'amministrazione, laddove si trovi coinvolta nello svolgimento di un ruolo effettivamente decisionale (...) debba adottare un procedimento di tipo (non solo garantistico, o razionalistico) ma partecipativo (...) Viene posta con ciò la infrastruttura normativa minima capace di giustificare lo svolgimento, da parte della p.a. di un ruolo decisionale autonomo. La subordinazione alla legge (e agli indirizzi), nella parte in cui risulti carente, è infatti compensata dall'onere di tener conto di tutti gli interessi che si fanno avanti nel procedimento, e di dar conto delle decisioni adottate al riguardo”.*

La visione di PASSARO è più radicale. *“L'aderenza agli interessi, l'avvicinamento del diritto alla realtà sociale, l'esigenza di creare un rapporto col cittadino non precostituito né rinchiuso in schemi autoritaristici o legalitari, rendono ragione del particolare modo di operare delle autorità in oggetto e della loro peculiare legittimazione. È evidente che la distanza dal Governo e l'aderenza alla società rendono, per questi organismi, del tutto inappagante il ricorso al principio di legalità come fattore di legittimazione (...) Con riguardo alle amministrazioni indipendenti (...) l'approfondirsi della frattura rispetto al Governo e la conquista di nuovi ambiti di potere, anche non previsti in via legislativa, rendono del tutto formalistico il ricorso alla legalità ed impongono la ricerca di una nuova legittimazione”, che “va probabilmente ritrovata nelle loro modalità operative, nel loro funzionamento, vale ad ire in quella capacità di raccordo con le esigenze e con gli interessi” pubblici e privati “che illumina l'esercizio della loro discrezionalità (...) Gli interessi legati al mondo dell'economia e del mercato trovano, nelle amministrazioni indipendenti, uno specifico ed ufficiale canale di espressione e di sintesi, un istituzionale luogo della partecipazione” (Le amministrazioni indipendenti, Torino, 1996, pp. 246-247).*

435) *“Nei processi decisionali di un'amministrazione ancora orientata a criteri d'efficienza si tratterà d'inserire filtri di legittimazione con l'aiuto del diritto procedurale (...) Le pratiche di partecipazione all'amministrazione non devono essere considerate come surrogati della tutela giurisdizionale, ma piuttosto come procedure efficaci 'ex ante' a legittimare decisioni che (nella loro sostanza normativa) vengono a sostituire atti dell'apparato legislativo e giurisdizionale” (HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 522; *cf.* BIN, *op. ult. cit.*, p. 163).*

cittadini possano presentare osservazioni e proposte; a questo punto, spetta al legislatore determinare la misura in cui l'amministrazione è vincolata dalla sua volontà, atteso che, in una democrazia parlamentare, i cittadini possono sostituire l'artefice di una decisione sgradita solo quando il decisore si identifica nel potere legislativo, mentre non possono esercitare lo stesso potere nei confronti dell'amministrazione⁴³⁶.

Alle somme, si ribadisce quanto si era già evidenziato nei precedenti capitoli: la partecipazione pone i cittadini nelle condizioni di incidere nelle decisioni, ma non di assumerle, a meno che amministrazione e amministrati non concludano un accordo; l'intervento nell'azione amministrativa non consente ai cittadini di legittimare la decisione finale, se il decisore non segue le regole stabilite da un organo eletto dal popolo. Non si intende assolutamente mettere in discussione l'opportunità e la legittimità della discrezionalità amministrativa: senonché, qualora si accerti che la sua estensione discenda da una "crisi della legge", tale da menomare la sovranità popolare sulle scelte collettive, la partecipazione procedimentale non costituirebbe una sufficiente contromisura⁴³⁷; la signoria dei cittadini è preservata solo se la legge enuncia i principi⁴³⁸ che devono

436) Nel dimostrare che la rappresentanza degli interessi e la rappresentanza politica "non sono intercambiabili", DE MINICO (*Regole, comando e consenso, op. cit.*, p. 62) sottolinea questo dato di fatto: "la rappresentanza politica impone che il sistema democratico appresti strumenti di successiva verifica della consonanza politica tra eletto ed elettore, rimedi che, attivabili in corso di mandato o unicamente al suo scadere, sottopongono al giudizio popolare l'operato dell'eletto. Con la rappresentanza di interessi, chi decide risponde del suo operato non al regolato, ma ad un'autorità terza, il giudice, che controllerà la legalità, non l'opportunità politica, della sua azione, perché essa ha a oggetto non una scelta politica, ma le modalità della sua esecuzione". Si aggiunge che, in un ordinamento di *civil law*, lo stesso controllo giurisdizionale non è possibile se l'amministrazione non è, almeno in parte, sottoposta alla legge.

437) "Le regole in tema di procedimento rappresentano una forma di limitazione del potere, non già una sua legittimazione", e non possono essere invocate "per fornire copertura costituzionale alla creazione di un'amministrazione adespota e in definitiva irresponsabile" (CUNIBERTI, *Autorità indipendenti, op. cit.*, p. 431). Il giusto procedimento "non può in alcun modo essere svilito, perché rappresenta una potenziale garanzia per tutti; altra cosa è pensare, però, di poter 'barattare' i suoi effetti con la legittimazione (anche politica) delle Autorità, scambiando così, quasi in sordina, forme ed effetti di democrazia in entrata e in uscita" (GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, p. 95).

438) Ovviamente, "non è possibile ricorrere ad una formula riassuntiva per legittimare una volta per tutte l'assunzione, da parte delle autorità, di poteri normativi (...) la soluzione non può essere dunque data una volta per tutte", ma comunque "non sembra poter prescindere dal pieno rispetto del principio di legalità" (CUNIBERTI, *op. ult. cit.*, p. 517).

ispirare l'attività regolatoria esercitata dagli organi amministrativi⁴³⁹, siano essi "indipendenti"⁴⁴⁰ o assoggettati all'indirizzo del Governo.

Ad esempio, lo stesso Autore rileva che "spesso principi e criteri di giudizio elaborati autonomamente dalle autorità" sono stati "successivamente recepiti, integralmente o parzialmente, nella disciplina legislativa" (pp. 504-505): cita ad esempio l'attività della Commissione di garanzia per lo sciopero e il regolamento dell'Agcom sulla diffusione digitale terrestre. Perciò, "la normazione prodotta dalle autorità potrebbe essere solo un momento di un processo di produzione normativa destinato a mettere comunque capo ad una disciplina legislativa primaria": vero che "una simile normazione (...) per quanto (in ipotesi) provvisoria, appare pur sempre dettata in assenza di una base legislativa"; al contempo, non è "fuori luogo chiedersi in che misura una simile normativa sia effettivamente idonea a vincolare i destinatari, e, in caso di controversia, il giudice" (pp. 511-513). Secondo l'Autore, "un atto regolamentare sprovvisto di qualsiasi base legislativa sostanziale non è idoneo di per sé a regolare nulla (...) ciò non significa che sia automaticamente nullo o invalido o inesistente, giacché esso esprime pur sempre un criterio per la disciplina della materia e per la risoluzione di eventuali controversie, che può essere utilizzato" (op. ult. cit., p. 516).

439) Si "pone il problema della stessa ammissibilità nel nostro sistema costituzionale dell'attribuzione, con legge ordinaria, di potestà normative, per di più particolarmente estese, ad autorità non politiche (...) è indubbio che tale potere regolamentare deve essere preventivamente ed esaustivamente disciplinato, nel senso che la legge deve dettare i principi e criteri direttivi" (MORBIDELLI, op. ult. cit., p. 177). Riecheggia la nozione di "intelligibile principle" che, qualche anno più tardi, sarà introdotta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, nella già citata sentenza *Mistretta*. L'Autore menziona il *Conseil Constitutionnel* francese (decisione 18 settembre 1986, n. 217): sebbene l'art. 21 Cost. francese attribuisca al Primo ministro il potere regolamentare, questa disposizione non osta "à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer (...) des normes permettant de mettre en oeuvre une loi"; pertanto, il giudice costituzionale non teme il conferimento della potestà normativa all'amministrazione - e neanche a un'autorità indipendente - a condizione che questa sia esercitata "dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements".

"In un sistema democratico, dove le scelte non possono che competere agli organi rappresentativi, la legalità sostanziale costituisce anche un fondamentale strumento per rendere democratica l'amministrazione, affidata ad una burocrazia priva di legittimazione popolare" (CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, 1990, p. 21). Vero che - com'è noto - la legge n. 400/1988 consente al Governo l'adozione di regolamenti in materie non disciplinate dalla legge e non coperte da riserva assoluta. Ma la disposizione in questione "è da ritenersi assolutamente incostituzionale. Non è, infatti, facoltà del legislatore disporre della propria essenziale competenza (...) Il principio di legalità ha portata generale e impone che, in ogni settore, la prima parola spetti alla legge" (op. ult. cit., p. 23).

440) La stessa MANETTI osserva che le regole procedurali non potrebbero comunque "mettere in discussione, se non parzialmente, le competenze degli organi rappresentativi, ovvero il principio di derivazione e di riconduzione di tutti i poteri pubblici alle loro forme" (v. alla voce *Autorità indipendenti* (Dir. cost.), in *Enciclopedia giuridica*, 1997, vol. IV, p. 12).

Contra, MERUSI afferma che una "Costituzione allo stato nascente", rappresentata dalla "spontanea rivolta del mercato attraverso l'innovazione finanziaria" - ma anche, e soprattutto, dall'ordinamento europeo, che ha "prima portato all'adesione frammentaria al principio dell'economia dei mercati concorrenziali e, infine, con l'Atto Unico Europeo, all'adesione al principio nella sua generale estensione" - sta comportando una modificazione *de facto* dell'art. 41, comma 3, Cost. in tema di intervento pubblico nell'iniziativa economica. Di conseguenza, sono "censurabili" le "cadute del legislatore", laddove questo attribuisca alle AAI un potere che non corrisponde "alla 'natura delle cose' cioè alle esigenze dei mercati concorrenziali"; per di più, tali "tentazioni legislative sono disapplicabili per contrasto con la normativa comunitaria anche se conformi all'art. 41 terzo comma Cost." (*Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in

In conclusione, le peculiarità delle AAI non possono costituire la ragione principale per giustificare la partecipazione ai procedimenti di loro competenza. Infatti, delle due l'una: o le AAI operano nel rispetto della volontà popolare, enunciata dai criteri generali contenuti nella legge, oppure le loro scelte sono integralmente determinate da soggetti che il popolo non ha eletto e che non può sostituire: per cui, sono prive di legittimazione, e lo sarebbero anche i cittadini fossero preliminarmente consultati. Al massimo, l'elevata discrezionalità che ne contraddistingue l'azione può costituire una ragione ulteriore per assicurare le garanzie che, in ogni caso, sono richieste dal principio di sovranità popolare, dall'imparzialità e dal buon andamento dell'attività amministrativa. D'altronde, se anche si negasse la natura amministrativa delle AAI e la loro soggezione ai principi generali dell'amministrazione, il principio di sovranità popolare esige - in ogni caso - che le loro scelte siano assunte garantendo la partecipazione dei cittadini, nel momento in cui sono emanati atti suscettibili di produrre effetti sull'intera collettività.

Pertanto, non sussiste alcun elemento che differenzi le AAI dai ministeri che ne svolgono le medesime attività di regolazione: o le AAI sono sollevate dagli oneri procedurali in tema di partecipazione, o questi sono imposti anche ai ministeri. La seconda soluzione sembra inevitabile, a meno di negare che i ministeri siano soggetti ai principi che devono guidare l'attività amministrativa. Se la partecipazione amministrativa assume un valore costituzionale, e se la speciale natura giuridica delle Autorità regolatrici non può essere la sola ragione per assicurare la consultazione del pubblico nei procedimenti di loro competenza, allora ci sono solide motivazioni per estendere le medesime garanzie agli analoghi procedimenti che si svolgono davanti ai ministeri.

Accademia dei Lincei, *Lo stato delle istituzioni italiane-problemi e prospettive*, Milano, 1994, pp. 394-397). Ma v. CUNIBERTI (*op. ult. cit.*, p. 517): “il riferimento al diritto comunitario non può essere invocato in assoluto, per collocare le autorità fuori dal quadro costituzionale una volta per tutte”; occorre verificare se “ogni singolo esercizio di potere regolamentare (...) trovi legittimazione in una puntuale disposizione comunitaria”.

V - Partecipazione e infrastrutture strategiche.

Introduzione. Infrastrutture strategiche e democrazia.

È noto che l'avvio di taluni procedimenti amministrativi comporta l'insorgere di vistose reazioni popolari, volte a influenzare l'andamento del procedimento, quando non a osteggiare l'operato dell'autorità pubblica. È il caso dei procedimenti finalizzati alla localizzazione e alla costruzione delle c.d. infrastrutture "strategiche", ossia allo svolgimento di attività caratterizzate da un rilevante impatto sull'ecosistema e sull'assetto sociale dei territori interessati⁴⁴¹. Sovente, la realizzazione di un'opera o di un impianto è percepita negativamente da ampi settori delle popolazioni coinvolte, che vi intravedono una decisione foriera di elevati costi, non compensati da una sufficiente quantità di benefici⁴⁴². Sotto questo profilo, parte della dottrina segnala che le forme di codecisione ispirate al modello contrattuale - l'esempio più noto è rappresentato dalla conclusione di accordi, volti a erogare una compensazione in denaro in favore delle popolazioni interessate - non sono sufficienti a scongiurare l'insorgere delle proteste⁴⁴³.

⁴⁴¹) In Italia, secondo il comunicato rilasciato dall'Osservatorio Media Permanente *Nimby Forum* - datato 17 novembre 2015 - la costruzione di un impianto è stata oggetto di contestazione popolare in 355 casi, nel solo anno 2014; nel 2013 i casi analoghi erano stati quantificati in 336. Il macrosettore più interessato da questo fenomeno è il comparto energetico (nel 62,5% dei casi). La principale motivazione delle proteste risiede nella preoccupazione per l'impatto ambientale (nel 38,97% dei casi). Il rapporto è disponibile *on line* all'indirizzo www.nimbyforum.it/area-stampa/comunicati. L'Osservatorio è patrocinato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e dal Ministero dello sviluppo economico.

⁴⁴²) L'opposizione sorge "in situazioni in cui vi è consenso circa la desiderabilità sociale dell'infrastruttura e l'opposizione nasce dal fatto che, a fronte di benefici diffusi (solo una frazione degli stessi andando a favore della comunità ospitante), i costi sono concentrati sulla comunità ospitante. I costi connessi con una determinata localizzazione sono generalmente di due tipi: costi di costruzione e gestione dell'infrastruttura e disutilità che gravano sulla comunità ospitante" (OCCHILUPO-PALUMBO-SESTITO, *Le scelte di localizzazione delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, Questioni di economia e finanza - *paper* n. 91, a cura della Banca d'Italia, Roma, 2011, p. 6).

⁴⁴³) Più esattamente, le compensazioni possono arrecare benefici e facilitare la realizzazione dell'opera ("Compensation can play an important role in overcoming opposition to locally unwanted projects"), ma possono anche rafforzare l'opposizione delle comunità locali, se sono percepite come un tentativo di "corruzione" ("If benefits packages are coupled with flawed siting procedures, however, they are perceived as bribes and may actually strengthen the local opposition"). Peraltro, non è accettabile che le compensazioni in denaro diventino uno strumento per

Così, la tematica della partecipazione si arricchisce di nuovi, peculiari profili, se si concentra l'attenzione su questo genere di procedimenti.

L'autorità competente è senz'altro legittimata ad assumere una decisione autonoma, in merito alla localizzazione e alla realizzazione di una infrastruttura. Inoltre, quando le opere pubbliche mirano a soddisfare un interesse più ampio⁴⁴⁴ rispetto a quello della comunità che abita il territorio in cui sono localizzate, il principio di sovranità popolare induce a tenere in debita considerazione le ragioni espresse da quella parte di popolazione che trarrà vantaggio dalla realizzazione di queste opere; infatti, questa parte di popolazione è verosimilmente maggioritaria, rispetto a quella che vive nei territori interessati⁴⁴⁵. Peraltro, la giurisprudenza ha messo in luce che, talora, le scelte attinenti alle grandi infrastrutture possono assumere natura politica, e non meramente amministrativa⁴⁴⁶.

sfruttare la povertà di una comunità (*“Exploiting an inequitable distribution of wealth is seen to be unacceptable”*). In definitiva, il consenso attorno alla localizzazione delle opere pubbliche si costruisce attraverso procedure corrette, senza le quali le compensazioni possono rivelarsi vane (*“the acceptability of siting rules influences the acceptance of siting decisions”*). (FREY-GEE, *Fair Siting Procedures. An Empirical Analysis of Their Importance and Characteristics*, in *Journal of Policy Analysis and Management*, 1996, pp. 353-355).

FREGO LUPPI nutre maggiore fiducia in questo strumento (*L'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio delle centrali elettriche*, in *Diritto amministrativo*, 2007, n. 3, pp. 538-541).

⁴⁴⁴) Come sintetizza PIZZANELLI, *“l'interesse pubblico dominante chiamato a ruolo guida nell'amministrazione infrastrutturale è quello alla realizzazione di infrastrutture, al fine di adempiere ad obiettivi imposti dall'Unione europea, rispondere a politiche economiche e sociali capaci di influire sulla possibile uscita del Paese dalla crisi economica e finanziaria attualmente in corso e superare i gravi ritardi del nostro Paese nella dotazione infrastrutturale. Tuttavia, si intrecciano con il suddetto interesse quelli sottesi alla tutela del bene ambiente, del paesaggio e del governo del territorio, quelli afferenti al diritto alla libertà di circolazione e alla mobilità (politiche dei trasporti), alla tutela dell'iniziativa economica”* (*La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010, p. 302).

⁴⁴⁵) *“Deve prevalere la maggioranza dei cittadini che otterranno vantaggi dall'impianto? O la maggioranza dei cittadini che ne subiranno localmente l'impatto? È evidente che nel primo caso la risposta sarà favorevole e nel secondo contraria”* (L. BOBBIO, *Discutibile e indiscussa: l'Alta Velocità alla prova della democrazia*, ne *Il Mulino*, Bologna, 2006, p. 125).

⁴⁴⁶) A questo proposito, è indicativa la vicenda giudiziaria relativa al procedimento con il quale il Ministero della difesa ha autorizzato l'esercito degli Stati Uniti d'America a insediarsi nell'Aeroporto “Dal Molin” di Vicenza - allo scopo di edificarvi una base militare - sulla base di un *memorandum* d'intesa, sottoscritto dai governi dei due Paesi il 2 febbraio 1995. In sede giurisdizionale, è stata accolta - in primo grado - la domanda cautelare con la quale alcune associazioni di consumatori hanno chiesto la sospensione del provvedimento; fra le motivazioni della decisione, figura la mancanza di *“ogni riscontro di avvenuta consultazione della popolazione interessata”*, nonostante questo onere fosse previsto dal *memorandum* (TAR Veneto, sez. I, ordinanza 18 giugno 2008, n. 435). Il Ministero della difesa ha impugnato l'ordinanza davanti al Consiglio di Stato, il quale ha accolto l'appello:

E tuttavia, un'amministrazione imparziale non può ignorare le istanze avanzate da soggetti fortemente controinteressati rispetto al provvedimento finale, posto che essi - a loro volta - possono opporsi energicamente alla sua attuazione e, pertanto, impedire il buon svolgimento dell'azione amministrativa⁴⁴⁷. Non si

l'atto impugnato promana "dal Governo nell'esercizio del potere politico" ed è riconducibile "alle attività di carattere internazionale fra Stati"; pertanto, "appare sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità" in quanto atto politico (Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 29 luglio 2008, n. 3992). Il Consiglio di Stato ha richiamato le disposizioni contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 19 aprile 2005, n. 170 (Regolamento concernente disciplina delle attività del Genio militare), con riguardo alla realizzazione delle "infrastrutture sul territorio nazionale finanziate da Paesi alleati", in deroga alla normativa italiana ed europea (artt. 4, comma 3, e 5). In effetti, la dottrina ha notato che i movimenti popolari che si sono opposti al progetto hanno inteso perseguire un obiettivo politico, mirando ad "ipostatizzare la vicenda urbanistico-edilizia della realizzazione" dell'opera "sul piano del modo con il quale i cittadini italiani hanno la possibilità di discutere circa la perdurante adeguatezza di alcune alleanze militari ovvero di farsi un'idea concreta su come esse vengano operativamente condotte" (CORTESE, *Decisioni amministrative complesse e hard cases: il caso Dal Molin*, in *Per governare insieme*, a cura di ARENA-CORTESE, *op. cit.*, p. 279).

In questo contesto, il Consiglio comunale di Vicenza aveva impegnato il Sindaco a indire un referendum consultivo, con il quale i cittadini si sarebbero dovuti pronunciare sull'ipotesi di acquisire al patrimonio comunale l'area dell'aeroporto, in modo da impedire la realizzazione della base militare. Il Consiglio di Stato - riformando l'ordinanza pronunciata dal TAR Veneto, sez. I, 17 settembre 2008, n. 717 - ha sospeso l'efficacia della delibera consiliare: infatti, "la consultazione ha per oggetto 'un auspicio' del Comune di Vicenza, quale è quello di acquisire un'area sulla cui sdemianizzazione si sono pronunciate in senso sfavorevole le autorità competenti" (sez. IV, ordinanza 1 ottobre 2008, n. 5067). In altri termini, il Comune ha inteso promuovere la partecipazione dei cittadini vicentini in una decisione politico-amministrativa di rilevanza nazionale.

Sotto questo profilo, si condivide P.M. VIPIANA: "nelle materie riguardo a cui o l'ente comunale non ha alcuna competenza (anche se può esservi interessata la rispettiva popolazione, oppure le decisioni definitive spettano ad altri enti territoriali, il referendum" consultivo comunale "non dovrebbe ammettersi" (Referendum consultivi regionali e comunali, in *Diritto e società*, 1990, p. 284; cfr. la bibliografia ivi menzionata, per le tesi discordanti).

⁴⁴⁷) Per queste ragioni, la legittimazione sociale delle decisioni relative alla localizzazione di una infrastruttura richiede uno sforzo particolarmente intenso. Solo in tal senso si può condividere quanto affermato da AVERARDI (*Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, n. 4, pp. 1192-1193): "è chiaro che, in una società complessa, la legittimazione e la possibile realizzazione di una politica pubblica, di un programma di sviluppo o di un singolo intervento infrastrutturale non sono più determinabili esclusivamente dai provvedimenti legislativi e dagli atti amministrativi, ma passano sempre di più per il rafforzamento del grado di condivisione degli obiettivi e delle scelte effettuate dai decisori pubblici".

In un simile quadro, "il principio di maggioranza, che è l'estremo rimedio per dirimere i conflitti politici, non può essere convenientemente adoperato in questi casi". D'altronde, "i problemi che investono contemporaneamente più livelli territoriali non possono essere trattati con un taglio netto". Ad esempio, *Una linea ad Alta Velocità assume caratteristiche e significati diversi a seconda della scala alla quale la si osserva*, per cui, se "su scala europea essa si presenta come un corridoio capace di connettere rapidamente l'intero continente", "su scala locale (in particolare per i territori che sono attraversati ma non serviti) rappresenta un peso gravoso e ingiusto". (L. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 125 e 127).

tratta di cedere a un “ricatto” esercitato dalle fazioni contrarie alla decisione pubblica; semmai, si tratta di prendere atto - realisticamente - della loro esistenza, e, soprattutto, di dare applicazione concreta alle considerazioni formulate in precedenza: secondo i principi di sovranità popolare e di imparzialità amministrativa, tutti i cittadini - anche se dissenzienti - devono avere il potere di intervenire nella decisione, pur senza esercitare alcun diritto di veto. Tanto più che appare sbrigativo ricondurre a un mero interesse egoistico, non suscettibile di essere temperato con il bene pubblico, tutti i fenomeni di opposizione alla realizzazione di un’opera⁴⁴⁸. Per quanto simili prese di posizione esistano⁴⁴⁹ - e costituiscano un irriducibile ostacolo all’operato dell’autorità pubblica - resta fermo che le contestazioni possono essere spinte dalle motivazioni più svariate, non necessariamente connesse a un interesse puramente individuale o locale⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸) Si tratta del noto effetto *Nimby*, acronimo di *not in my backyard*: questo tipo di ecologismo “viene considerato tipico, ad esempio, di mobilitazioni di cittadini contro discariche di rifiuti nel territorio del proprio comune, senza che questi stessi cittadini dimostrino però particolari preoccupazioni per il problema dello smaltimento dei rifiuti in quanti tale” (MELA-BELLONI-DAVICO, *Sociologia dell’ambiente*, Roma, 1998, p. 76). Questo fenomeno presenta diverse varianti: alcune posizioni più radicali consistono nel rifiuto generalizzato delle infrastrutture; inoltre, l’opposizione può provenire dagli amministratori locali, interessati a conservare il consenso popolare. Per una ricostruzione del tema, v. *Oltre il Nimby. La dimensione psico-sociale della protesta contro le opere sgradite*, a cura di FEDI-MANNARINI, Milano, 2008.

⁴⁴⁹) Si condivide solo parzialmente BLATRIX: “l’acronyme ‘Nimby’ doit être pris pour ce qu’il est: moins un effet ou un syndrome qu’un stigmat, une manière de désigner, en les discréditant, les opposants. De ce point de vue l’usage de ce terme pour montrer comment on ‘sort du Nimby’ nous paraît une manière de ratifier cette disqualification” (*Devoir débattre: les effets de l’institutionnalisation de la participation sur les formes d’action collective*, in *Politix*, Parigi, 2002, n. 57, p. 95).

⁴⁵⁰) La dottrina francese ha preso in esame alcuni casi pratici, dimostrando “la grande diversité des pratiques contestatrices: certaines associations parvenaient à passer de la contestation riveraine initiale à une véritable reformulation de l’intérêt général; d’autres non”. Così, nella mobilitazione contro la realizzazione di un’infrastruttura, si assiste all’emersione di “un mouvement de citoyens, dépassant l’opposition au projet, pour porter une revendication démocratique plus vaste” (LOLIVE, *La montée en généralité pour sortir du Nimby*, in *Politix*, 1997, n. 39, pp. 109 e 123).

Peraltro, non è infrequente che le proteste locali siano sostenute da gruppi d’interesse operanti su più larga scala: “The opposition to noxious facilities never consists of only local residents. In many cases, national lobbying groups play a decisive role in organizing and financing the resistance” (FREY-GEE, *Fair Siting*, *op. cit.*, p. 372).

D’altra parte, la tutela di ogni singolo territorio assume una rilevanza che travalica la dimensione locale, in quanto risulta decisiva per l’intero ecosistema. “Le problematiche ambientali sono al tempo stesso locali e globali. L’azione locale rappresenta la necessaria base d’azione rispetto al problema globale” (ENDRICI, *Territori e ambiente*, in *Territorialità positive - Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, a cura di BARBATTI-ENDRICI, Bologna, 2005, p. 131).

In Italia, la normativa vigente in tema di infrastrutture non trascura del tutto il ruolo del cittadino, ma le disposizioni che consentono l'intervento dei cittadini hanno formato a lungo un quadro disorganico. Secondo il nuovo codice dei contratti pubblici, la legge garantisce la partecipazione popolare - in senso stretto e in senso lato - a monte del procedimento di progettazione. A questo fine, il legislatore statale - preceduto, in tal senso, da alcune Regioni - ha adottato il modello del "dibattito pubblico", mutuato dall'esperienza francese. Peraltro, è interessante notare che il legislatore d'Oltralpe sta gradualmente estendendo la disciplina della consultazione pubblica: attualmente, la pubblica amministrazione francese può ricorrere a questo strumento in tutti i settori della sua azione.

1 - Partecipazione e infrastrutture strategiche: la disciplina.

1.1 - Quadro costituzionale.

L'art. 117 Cost. non menziona le infrastrutture fra le materie in ordine alle quali lo Stato esercita la sua potestà legislativa, in via concorrente o esclusiva. La Corte Costituzionale ha chiarito da tempo che la disciplina inerente ai lavori pubblici attiene a una pluralità di materie⁴⁵¹. Le più direttamente coinvolte sono facilmente individuabili: governo del territorio⁴⁵²; grandi reti di trasporto e

P. LOMBARDI formula osservazioni non dissimili, a proposito della partecipazione dei cittadini nei procedimenti di pianificazione territoriale: l'Autrice nota che non la dottrina, ma la stessa evoluzione della legislazione in tema di governo del territorio, soprattutto su scala regionale, "slega la partecipazione da uno specifico interesse insistente sul territorio, per approdare ad una dimensione che sembra tenere in considerazione le stesse più generali aspettative che il singolo individuo vanta in ordine alla qualità della propria vita" (*Il governo del territorio*, op. cit., p. 276).

⁴⁵¹) Infatti, "la mancata inclusione dei 'lavori pubblici' nell'art. 117 Cost. "non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni": "si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti" (Corte Costituzionale, sentenza 25 settembre-1 ottobre 2003, n. 303).

⁴⁵²) Questa materia "comprende, in linea di principio, tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività" (Corte Costituzionale, sentenza 1-7 ottobre 2003, n. 307): cfr. PIGNATELLI, *Il governo del territorio nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2012, p. 191-194. In effetti, la "approvazione dei progetti" inerenti alle opere pubbliche, ai fini

navigazione; porti e aeroporti civili; produzione, trasporto e distribuzione dell'energia; ordinamento della comunicazione. Tutte queste materie sono oggetto di legislazione concorrente.

La dottrina evidenzia che la realizzazione delle reti infrastrutturali mal si adatta a essere oggetto di una competenza legislativa condivisa fra enti diversi⁴⁵³. In questo contesto, il legislatore ha attribuito al Governo il compito di individuare le infrastrutture “prioritarie”⁴⁵⁴ - o “strategiche”, secondo una precedente

urbanistici ed espropriativi, “è strettamente correlata a scopi di disciplina urbanistica e dunque alla pianificazione territoriale” (Corte Costituzionale, sentenza 19-23 novembre 2007, n. 401).

Si badi che la competenza legislativa inerente a questa materia non può essere esercitata in modo da dettare una disciplina integrale in tema di infrastrutture. “La competenza legislativa regionale in materia di ‘governo del territorio’ ha dunque un ambito oggettivo assai esteso, ma non può arrivare a comprendere tutta la disciplina concernente la programmazione, la progettazione e la realizzazione delle opere o l’esercizio delle attività che, per loro natura, producono un inevitabile impatto sul territorio” (Corte Costituzionale, sentenza 11-14 ottobre 2005, n. 383). Infatti, se un’attività produce un impatto sul territorio, allora il suo svolgimento deve essere disciplinato in modo da tutelare una pluralità di beni giuridici, i quali non si esauriscono nel governo del territorio. L’ambito delle “competenze relative ad attività che presentano una diretta od indiretta rilevanza in termini di impatto territoriale, va ricercato non secondo il criterio dell’elemento materiale consistente nell’incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell’elemento funzionale, nel senso della individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, rispetto ai quali l’interesse riferibile al ‘governo del territorio’ e le connesse competenze non possono assumere carattere di esclusività, dovendo armonizzarsi e coordinarsi con la disciplina posta a tutela di tali interessi differenziati” (Corte Costituzionale, sentenza n. 383/2005). Si pensi alla produzione, al trasporto e alla distribuzione nazionale dell’energia: queste attività sono incluse dall’art. 117, comma 3, Cost. in una materia di legislazione concorrente, separata e distinta rispetto al governo del territorio; nondimeno, il loro svolgimento può, eventualmente, richiedere la realizzazione di opere pubbliche.

PIGNATELLI (*op. ult. cit.*, p. 183) ne conclude che “la competenza del ‘governo del territorio’” sussiste “esclusivamente quando non siano individuabili interessi ulteriori rispetto al mero interesse di gestione razionale dell’assetto del territorio e di controllo sugli usi dello stesso”. In effetti, la giurisprudenza dimostra che il governo del territorio, tendenzialmente, non assurge al rango di materia prevalente. Ad esempio, le disposizioni di legge statale che disciplinano la costruzione e l’esercizio di impianti per la produzione di energia sono “attribuibili, con carattere di prevalenza, alla materia della produzione dell’energia” (Corte Costituzionale, sentenza 23 giugno-22 luglio 2010, n. 278); al contempo, le norme riguardanti la costruzione di impianti necessari allo smaltimento dei rifiuti radioattivi rientrano nella competenza dello Stato, titolare della potestà legislativa in tema di ambiente (Corte Costituzionale, sentenza 13-29 gennaio 2005, n. 62).

⁴⁵³) “L’attribuzione alla competenza regionale concorrente di interventi che lo stesso legislatore definisce ‘grandi’ o ‘nazionali’ crea una contraddizione insanabile perché sembra aprire la strada ad una competenza regionale-locale alla realizzazione degli interventi, confinando lo Stato alla sola definizione dei principi della materia, competenza difficilmente sostenibile se si tratta di ‘reti’ infrastrutturali, nella cui realizzazione conta anche la progettazione unitaria, così come unitaria dovrà essere la gestione della rete” (MERLONI, *Infrastrutture, ambiente e governo del territorio*, ne *Le Regioni*, 2007, n. 1, p. 58).

⁴⁵⁴) Bisogna notare che questa nozione travalica le “grandi” reti di trasporto e navigazione, oggetto di competenza legislativa concorrente. Pertanto, secondo la legge

definizione⁴⁵⁵ - connotate da un “preminente interesse nazionale”⁴⁵⁶; in altri termini, con riguardo a questa materia, la legge attribuisce allo Stato funzioni amministrative e potestà legislative non limitate alla mera determinazione dei principi fondamentali⁴⁵⁷. In ogni caso, spetta al legislatore statale determinare i

statale, il Governo può adottare atti di programmazione inerenti a quelle reti di trasporto e navigazione che, a rigore, dovrebbero essere oggetto di competenza legislativa e amministrativa regionale. MERLONI (*op. ult. cit.*, p. 60) critica la legge obiettivo (anche) considerando “*l'impossibilità per lo Stato di riservare a sé (...) opere diverse dalle grandi reti (o dalle opere puntuali strumentali ad interessi statali non decentrabili), dichiarandole, sia pure con il consenso delle Regioni e degli enti locali, 'strategiche' o 'di interesse nazionale'*”.

⁴⁵⁵) Art. 1, comma 1, legge 21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive). L'art. 1 della legge n. 443/2001 è abrogato per i commi 1-5 (art. 217, comma 1, lettera *d*) decreto legislativo 15 aprile 2016, n. 50 - Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Di qui in seguito, il d.lgs. n. 50/2016 sarà indicato come “codice dei contratti pubblici”.

⁴⁵⁶) *Cfr.* artt. 200-203 codice dei contratti pubblici. Non sono più menzionate le infrastrutture “strategiche”, bensì le infrastrutture e gli insediamenti “*prioritari*” per lo sviluppo del Paese (art. 200, comma 1). Tuttavia, secondo l'art. 201, comma 1, lettera *b*), del medesimo schema, l'individuazione di queste infrastrutture avviene tuttora per mezzo dei cc.dd. documenti prioritari di programmazione, istituiti dall'art. 2, comma 1, decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 228 (Attuazione dell'articolo 30, comma 9, lettere *a*), *b*), *c*) e *d*) della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di valutazione degli investimenti relativi ad opere pubbliche). I documenti prioritari relativi agli interventi meritevoli di finanziamento sono redatti dal Ministero delle infrastrutture (art. 221, comma 3; *cf.* art. 2, comma 7, d. lgs. n. 228/2011, abrogato dal nuovo codice), sentite le Regioni e gli altri enti competenti (art. 221, comma 5). Successivamente, i documenti sono approvati dal Cipe, sentita la Conferenza unificata (art. 221, comma 4; art. 2, comma 5, d. lgs. n. 228/2011). Le infrastrutture non prioritarie sono individuate dall'ente aggiudicatore sulla base di un programma triennale, quando il valore di ciascuna di esse non è inferiore a 100.000 euro (art. 21 codice dei contratti pubblici; *cf.* art. 128 decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, abrogato dal nuovo codice).

⁴⁵⁷) Nella nota - e già citata - sentenza n. 303/2003, la Corte Costituzionale ha affermato che questa scelta del legislatore non è illegittima. “*Limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente significherebbe (...) svalutare oltremisura istanze unitarie che (...) giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze*”. Pertanto, “*in virtù dell'art. 118, primo comma, la legge può attribuire allo Stato funzioni amministrative*”. Questa disposizione non solo convive “*con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V*”, ma può anche “*giustificarne una deroga*”: “*il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni (...) possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto*”. In ogni caso, “*l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale*”, solo “*se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia*

livelli uniformi di tutela con riguardo alla valutazione di impatto ambientale, alla quale ogni opera pubblica è sottoposta⁴⁵⁸.

1.2 - La partecipazione nel previgente codice dei contratti pubblici.

Il codice dei contratti pubblici approvato nel 2006 - recentemente sostituito dal nuovo codice, definito in sede di recepimento delle direttive europee - dettava una scarsa disciplina in tema di partecipazione alla progettazione delle infrastrutture strategiche. La platea dei soggetti abilitati a intervenire nell'approvazione del progetto preliminare era assai ristretta⁴⁵⁹; vi rientravano solo talune categorie di soggetti interessati⁴⁶⁰. Era previsto il deposito del progetto preliminare, in modo da consentire la consultazione da parte del

proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata”.

⁴⁵⁸) La tutela dell'ambiente è materia di competenza esclusiva statale (art. 117, comma 2, lettera s), Cost.). Secondo la Corte Costituzionale, le Regioni “*sono tenute, per un verso, a rispettare i livelli uniformi di tutela apprestati in materia, per l'altro a mantenere la propria legislazione negli ambiti di competenza fissati dal Codice dell'ambiente, nella specie quanto al procedimento di VIA*” (sentenza 26-28 maggio 2010, n. 186. Cfr. sentenze 15-23 luglio 2009, n. 232; 22-26 marzo 2010, n. 120).

⁴⁵⁹) Nel d. lgs. n. 163/2006, il procedimento di progettazione e realizzazione delle infrastrutture strategiche era oggetto di apposite disposizioni, ex artt. 165 ss. Inoltre, il codice del 2006 dettava una disciplina speciale in tema di AIA e VIA, alle quali le infrastrutture strategiche erano sempre soggette (art. 182, comma 2), esclusi gli interventi destinati alla difesa nazionale inerenti a calamità (comma 3).

Tuttavia, il previgente codice non derogava alla scansione stabilita ex art. 93, organizzata in tre fasi: progettazione preliminare, definitiva, esecutiva. La medesima distinzione ricorre nello schema per il nuovo codice (art. 23, comma 1). Secondo il d. lgs. n. 163/2006, l'approvazione del progetto preliminare determinava “*l'accertamento della compatibilità ambientale dell'opera*” e perfezionava “*ad ogni fine urbanistico ed edilizio, l'intesa Stato - regione sulla sua localizzazione*”; in base all'art. 23, comma 6, del nuovo codice, il progetto di fattibilità deve consentire “*l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura*”.

⁴⁶⁰) Ovviamente, era prevista la partecipazione dei soggetti espropriati. L'approvazione del progetto preliminare comportava l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio sugli immobili in cui era localizzata l'opera (art. 165, comma 7, d. lgs. n. 163/2006; il vincolo aveva durata di sette anni, entro i quali dovevano intervenire la dichiarazione di pubblica utilità e l'approvazione del progetto definitivo (art. 165, comma 7-bis). Al momento di approvare il progetto definitivo - il quale era diretto anche alla dichiarazione di pubblica utilità - l'avvio del procedimento doveva essere comunicato agli interessati, di modo che essi, entro sessanta giorni, potessero presentare osservazioni al soggetto aggiudicatore, il quale doveva valutarle (art. 166, comma 2); quest'ultima disposizione derogava espressamente agli artt. 11-16 t.u. espropriazioni.

pubblico, ma non era menzionata la presentazione di osservazioni in merito⁴⁶¹. La conferenza di servizi necessaria all'approvazione del progetto preliminare era allargata “ai soggetti pubblici e privati competenti alla partecipazione al procedimento secondo le competenze previste dalle leggi ordinarie vigenti”⁴⁶²; evidentemente, una simile disposizione non poteva essere intesa nel senso di consentire una partecipazione generalizzata del pubblico. I soggetti interessati dal progetto potevano senz'altro intervenire nei procedimenti relativi all'esame dello studio d'impatto ambientale, nel quadro della procedura di VIA; l'autorità doveva tenere in conto le osservazioni dei privati⁴⁶³.

1.3 - Partecipazione, VIA e VAS (e obblighi internazionali).

Era inevitabile che il codice dei contratti pubblici, seppure - tutto sommato - sordo alle esigenze partecipative, consentisse l'intervento dei cittadini in fase di

⁴⁶¹) Art. 165, comma 3, d. lgs. n. 163/2006. Del resto, secondo il comma 7, l'approvazione del progetto preliminare determinava “l'accertamento della compatibilità ambientale dell'opera” e perfezionava, “ad ogni fine urbanistico ed edilizio, l'intesa Stato-regione sulla sua localizzazione, comportando l'automatica variazione degli strumenti urbanistici vigenti e adottati”.

Con riguardo alle infrastrutture energetiche a carattere strategico, l'avvio del procedimento volto ad approvare i progetti doveva essere comunicato ai privati interessati (art. 179, comma 3, d. lgs. n. 163/2006), ai sensi della legge n. 241/1990, con le stesse forme stabilite dall'art. 5 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 agosto 1988, n. 377. Questo decreto - che stabiliva le forme attraverso le quali i progetti di tutte le infrastrutture dovevano essere comunicate al pubblico ai fini della procedura di VIA - è stato abrogato dal codice dell'ambiente; pur prevedendo la pubblicità dei progetti, non consentiva la presentazione di osservazioni da parte dei cittadini. Si badi che il rilascio delle autorizzazioni alla costruzione e all'esercizio delle infrastrutture energetiche non strategiche - la cui potenza sia superiore ai 300 mw termici - avviene in seguito a un procedimento disciplinato secondo la legge n. 241/1990 (art. 1, comma 2, decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 - Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale - convertito con modificazioni dalla legge 9 aprile 2002, n. 55). I tracciati degli elettrodotti sono definiti nel rispetto delle garanzie partecipative stabilite in via generale dalla legge n. 241/1990 (art. 11 legge 22 febbraio 2001, n. 36).

⁴⁶²) Art. 168, comma 2, d. lgs. n. 163/2006. È inutile evidenziare che i soggetti privati “incompetenti” erano esclusi dalla conferenza di servizi.

La stessa disposizione prevedeva che il soggetto aggiudicatore rimettesse alla struttura tecnica di missione - che funge da segreteria per la conferenza - una lista contenente i soggetti pubblici e privati competenti, nonché la data in cui hanno ricevuto il progetto preliminare. Se ne deduce che i soggetti “competenti” non erano altro se non coloro ai quali il progetto preliminare doveva essere trasmesso, secondo l'art. 165, comma 4. Inoltre, il soggetto aggiudicatore doveva redigere una lista dei “soggetti da invitare alla conferenza di servizi in quanto gestori delle interferenze rilevate o previste”.

⁴⁶³) Artt. 167, comma 4, 183, comma 4, e 185, comma 5, d. lgs. n. 163/2006.

VIA. Infatti, il legislatore è tenuto a rispettare gli obblighi stabiliti in tal senso dalla Convenzione di Aarhus⁴⁶⁴, nonché a perseguire gli obiettivi stabiliti dalla Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo⁴⁶⁵.

Secondo la Convenzione, quando l'autorità è in possesso di informazioni rilevanti in materia ambientale, i cittadini vi possono accedere, senza bisogno di allegare un interesse qualificato e differenziato; sono fissati termini precisi

⁴⁶⁴) Firmata il 25 giugno 1998, la Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale è entrata in vigore il 30 ottobre 2001. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge 16 marzo 2001, n. 16. La Comunità Europea ha approvato la Convenzione con la Decisione del Consiglio 17 febbraio 2005 (2005/370/CE). La Convenzione è stata recepita nell'ordinamento della UE con la direttiva 26 maggio 2003 (2003/35/CE, che prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale e modifica le direttive del Consiglio 1985/337/CE e 2006/61/CE relativamente alla partecipazione del pubblico e all'accesso alla giustizia) e con la direttiva 28 gennaio 2003 (2003/4/CE) sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale.

⁴⁶⁵) Tenutasi a Rio de Janeiro tra il 3 e il 14 giugno 1992. La Conferenza ha prodotto alcuni documenti ufficiali. Fra questi, si riportano la Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo, e un programma di azione denominato "Agenda 21".

Secondo il principio 10 della Dichiarazione, *"il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli. Al livello nazionale, ciascun individuo avrà adeguato accesso alle informazioni concernenti l'ambiente in possesso delle pubbliche autorità, comprese le informazioni relative alle sostanze ed attività pericolose nelle comunità, ed avrà la possibilità di partecipare ai processi decisionali. Gli Stati faciliteranno ed incoraggeranno la sensibilizzazione e la partecipazione del pubblico rendendo ampiamente disponibili le informazioni. Sarà assicurato un accesso effettivo ai procedimenti giudiziari ed amministrativi, compresi i mezzi di ricorso e di indennizzo"*.

Agenda 21, nel definire gli obiettivi necessari a integrare le politiche ambientali e di sviluppo (*integrating environment and development at the policy, planning and management levels*), propone (punto 8.3) il coinvolgimento dei soggetti interessati (*concerned individuals, groups and organizations*) nei processi decisionali. Inoltre, stabilisce (punti 28.2 e 28.3) che gli obiettivi in essa enunciati debbano essere attuati dalle autorità locali dei Paesi membri, le quali dovrebbero adottare una "Agenda 21 locale", previa consultazione dei cittadini.

In Europa, 80 amministrazioni locali - sotto il patrocinio della Commissione europea - hanno partecipato alla Conferenza europea sulle città sostenibili, tenutasi ad Aalborg il 27 maggio 1994; i partecipanti hanno sottoscritto la c.d. "Carta di Aalborg", impegnandosi ad attuare l'Agenda 21 locale, nonché ad elaborare piani e programmi per conciliare lo sviluppo economico con gli obiettivi della sostenibilità ambientale. Al punto I.14, la Carta impegna le città europee *ad utilizzare gli strumenti tecnici e politici disponibili per attuare un approccio alla gestione urbana che tenga conto degli ecosistemi. Si farà ricorso ad una vasta gamma di strumenti tra i quali (...) meccanismi che contribuiscano ad accrescere la consapevolezza dei problemi e prevedano la partecipazione dei cittadini"*. Il decreto-legge 9 ottobre 2006, n. 263 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania), convertito con modificazioni dalla legge 6 dicembre 2006, n. 290, ha imposto che il Commissario delegato garantisca l'informazione e la partecipazione dei cittadini nel corso dei procedimenti di emergenza, richiamando proprio la Carta di Aalborg.

entro i quali le informazioni devono essere fornite⁴⁶⁶. Gli Stati firmatari devono assicurare la partecipazione del pubblico - dunque, di tutti i cittadini, e non solo dei diretti interessati⁴⁶⁷ - a tutte le decisioni pubbliche suscettibili di produrre effetti significativi sull'ambiente⁴⁶⁸. La partecipazione ad alcune di queste decisioni deve avvenire nella fase iniziale del procedimento, quando “*tutte le alternative sono ancora praticabili*” e la partecipazione “*può avere un'influenza effettiva*”⁴⁶⁹; in questi casi, la decisione deve tenere conto dei risultati della partecipazione del pubblico, deve essere motivata e deve essere portata a conoscenza dei cittadini⁴⁷⁰. Ogni cittadino può ricorrere all'autorità giudiziaria, quando la sua richiesta di informazioni è stata ignorata o - a suo avviso -

⁴⁶⁶) Art. 4, § 1-2, Convenzione di Aarhus. Le informazioni devono essere fornite entro due mesi.

Cfr. art. 3, commi 1-2, decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195 (Attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale). L'accesso è gratuito, salvi i casi in cui le informazioni sono diffuse a titolo commerciale (art. 6). La P.A. deve altresì redigere cataloghi e predisporre banche dati che contengano tutte le notizie utili sul tema (artt. 4 e 8). Si badi che “*la disciplina delle informazioni in tema di ambiente non appartiene alla materia ‘tutela dell'ambiente’, di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., ma si inserisce nel vasto ambito della tutela del diritto di accesso del pubblico ai documenti amministrativi*”, tutela che, come si è visto, costituisce un livello essenziale di prestazione inerente ai diritti civili del cittadino (Corte Costituzionale, sentenza 20 novembre-1 dicembre 2006, n. 399).

⁴⁶⁷) Il “pubblico” è formato da “*una o più persone fisiche o giuridiche e, ai sensi della legislazione o della prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da tali persone*” (art. 1, § 4, Convenzione di Aarhus). Esso è separato e distinto rispetto al “pubblico interessato”, che costituisce l'insieme di chi “*subisce o può subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale o che ha un interesse da far valere al riguardo*” (art. 1, § 5).

⁴⁶⁸) Artt. 6, § 7, e 7-8 Convenzione di Aarhus.

⁴⁶⁹) Artt. 6, § 4, e 8, § 1, Convenzione di Aarhus. Si tratta della partecipazione nei procedimenti volti all'adozione di regolamenti attuativi e altri strumenti normativi in materia ambientale, nonché nei processi decisionali inerenti alle attività elencate nell'allegato I della Convenzione. Tra queste ultime, si riportano qui: produzione di energia, ivi compresa la realizzazione di impianti di raffinazione del petrolio nonché impianti di stoccaggio con capacità di almeno 200 000 tonnellate, rigassificatori e centrali nucleari; realizzazione di gasdotti e oleodotti per prodotti chimici di diametro superiore a 800 mm e lunghezza superiore a 40 km, nonché estrazione di gas e petrolio; industria metallurgica, mineraria e chimica; gestione di rifiuti; costruzione di tronchi ferroviari a lunga percorrenza e vie di rapida comunicazione, definite secondo l'accordo europeo del 15 novembre 1975; porti e aeroporti; costruzione di dighe; cave e miniere a cielo aperto in siti di dimensioni superiori a 25 ettari o torbiere in siti di dimensioni superiori a 150 ettari; costruzione di elettrodotti aerei con voltaggio pari o superiore a 220 kV e lunghezza superiore a 15 km; infrastrutture necessarie all'allevamento intensivo di pollame e suini, se i capi di bestiame superano una certa soglia. Secondo l'art. 6, § 1, lettera b), gli Stati hanno facoltà di estendere le procedure di partecipazione a tutte le attività che producono effetti significativi sull'ambiente, anche se non sono incluse nell'allegato.

⁴⁷⁰) Artt. 6, § 8-9, e 8, § 2, Convenzione di Aarhus.

ingiustamente respinta; gli interessati possono contestare in giudizio “la legittimità sostanziale o procedurale” delle decisioni assunte in tema ambientale⁴⁷¹. Un apposito Comitato vigila affinché gli Stati firmatari conformino le proprie decisioni alle norme nella Convenzione; tuttavia, qualora queste norme non fossero rispettate, il Comitato non potrebbe fare altro se non rivolgere consigli e raccomandazioni agli Stati⁴⁷².

Il legislatore europeo ha recepito i principi contenuti nella Convenzione, assicurando la partecipazione dei cittadini nella formazione di piani e programmi⁴⁷³. Per contro, in materia di VIA e VAS, la normativa europea presenta una vistosa difformità rispetto alla Convenzione: tutto il pubblico deve essere informato dell’attività oggetto del processo decisionale⁴⁷⁴, ma sono gli Stati membri a individuare il “pubblico” che può partecipare alla VAS⁴⁷⁵, e solo il pubblico interessato ha il potere di presentare osservazioni e pareri nella

⁴⁷¹) Art. 9, § 1-3, Convenzione di Aarhus.

⁴⁷²) Istituito dagli stessi Stati firmatari con la Decisione n. 1/7, in seguito alla riunione tenutasi a Lucca dal 21 al 23 ottobre 2002; v. § 36. Il pubblico può comunicare al Comitato eventuali violazioni della Convenzione (§ 18-24). La Riunione degli Stati - sulla base di un rapporto predisposto dal Comitato - può sospendere gli diritti e i privilegi speciali di cui lo Stato autore della violazione gode, in virtù della Convenzione (§37).

⁴⁷³) Direttiva 2003/35/CE.

⁴⁷⁴) Per la VAS: art. 6, § 1, direttiva 27 giugno 2001 (2001/42/CE) concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente.

Per la VIA: art. 6, § 2 e 5, direttiva 13 dicembre 2011 (2011/92/UE, concernente la valutazione dell’impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati), modificato dall’art. 1, § 6, lettera *b*) direttiva 16 aprile 2014 (2014/52/UE). “*Gli Stati membri stabiliscono le modalità dettagliate di informazione del pubblico, ad esempio mediante affissione entro un certo raggio o mediante pubblicazione nei giornali locali*”. Tuttavia, il nuovo art. 6, § 2 della direttiva 2011/92/UE non menziona che il “*pubblico interessato*”: “*Per consentire l’efficace partecipazione al processo decisionale da parte del pubblico interessato, quest’ultimo è informato sugli aspetti indicati in appresso, per via elettronica e mediante pubblici avvisi oppure in altra forma adeguata, in una fase precoce delle procedure decisionali in materia ambientale (...) e al più tardi non appena sia ragionevolmente possibile fornire le informazioni*”.

⁴⁷⁵) Il pubblico deve “*disporre tempestivamente di un’effettiva opportunità di esprimere in termini congrui il proprio parere sulla proposta di piano o di programma e sul rapporto ambientale che la accompagna, prima dell’adozione del piano o del programma o dell’avvio della relativa procedura legislativa*” (art. 6, § 2, direttiva 2001/42/CE). Tuttavia, sono gli Stati membri a determinare i soggetti titolati a partecipare (§ 4) e le forme della consultazione (§ 5).

VIA⁴⁷⁶, nonché nei procedimenti relativi alla prevenzione e alla riduzione integrata dell'inquinamento da emissioni industriali⁴⁷⁷.

Il codice dell'ambiente italiano prevede la consultazione di tutti gli interessati in fase di VIA⁴⁷⁸ e di tutti i cittadini in fase di VAS⁴⁷⁹; inoltre, nel corso della VIA, l'autorità procedente può disporre un'inchiesta pubblica per esaminare le osservazioni presentate da soggetti pubblici e privati⁴⁸⁰. Gli atti conclusivi di VIA e VAS devono essere motivati⁴⁸¹. L'autorità può consultare il pubblico interessato nel procedimento inerente alla valutazione d'incidenza

⁴⁷⁶) Art. 6 § 4 direttiva 2011/92/UE. “*Al pubblico interessato vengono offerte tempestive ed effettive opportunità di partecipazione alle procedure decisionali in materia ambientale di cui all'articolo 2, paragrafo 2. A tal fine, esso ha il diritto di esprimere osservazioni e pareri all'autorità o alle autorità competenti (...)*”. L'intervento deve avvenire “*quando tutte le opzioni sono aperte prima che venga adottata la decisione sulla domanda di autorizzazione*”. Secondo l'art. 6, § 5 - modificato dall'art. 1, § 6, lettera b), direttiva 2014/52/UE - sono gli Stati membri a determinare le forme della consultazione, che può avvenire, ad esempio, per iscritto, ovvero nel quadro di una indagine pubblica.

⁴⁷⁷) Art. 24, § 1, e allegato IV, § 3 e 5, direttiva 24 novembre 2010, 2010/75/CE. (Cfr. art. 15, § 1, direttiva 24 settembre 1996, 1996/61/CE, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, successivamente abrogata: il diritto di presentare osservazioni era riconosciuto al pubblico, e non solo al pubblico interessato).

⁴⁷⁸) Le osservazioni possono essere presentate dai soggetti interessati già nella fase iniziale del procedimento, in cui viene verificata l'assoggettabilità del progetto preliminare alla normativa in materia di VIA (art. 20, commi 2-4, codice dell'ambiente, e successive modifiche). Inoltre, chiunque può intervenire in seguito alla pubblicazione del progetto definitivo, nel termine di sessanta giorni (art. 24, commi 3-5, codice dell'ambiente, e successive modifiche; la consultazione è introdotta dall'art. 1, comma 3, decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4 - Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale).

⁴⁷⁹) Il procedimento di VAS si apre con la redazione di un rapporto preliminare riguardante i possibili impatti ambientali (art. 13 codice dell'ambiente, e successive modifiche); il rapporto e la proposta di piano o programma sono messi a disposizione del pubblico, che presenta le proprie osservazioni (art. 14, e successive modifiche). L'autorità competente conclude la fase istruttoria esprimendo un parere motivato, dopo avere acquisito tutta la documentazione, incluse le osservazioni del pubblico (art. 15, e successive modifiche).

⁴⁸⁰) Art. 24, comma 6, codice dell'ambiente, e successive modifiche.

L'inchiesta si conclude con “*una relazione sui lavori svolti ed un giudizio sui risultati emersi, che sono acquisiti e valutati ai fini del provvedimento*” (comma 7).

⁴⁸¹) L'autorità competente conclude il procedimento di VIA con provvedimento espresso e motivato (art. 26, comma 1, codice dell'ambiente, e successive modifiche).

Per la VAS, v. ancora art. 15, comma 1, codice dell'ambiente.

ambientale⁴⁸². La consultazione del pubblico⁴⁸³, o del pubblico interessato⁴⁸⁴, figura anche in altri procedimenti di pianificazione o programmazione.

In quasi tutte le Regioni, le norme in tema di valutazione ambientale prevedono la consultazione dei cittadini. Raramente il legislatore regionale si è distaccato dal consueto schema *notice and comment*⁴⁸⁵; in alcune Regioni, il

⁴⁸²) Art. 5, comma 8, decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357 (concernente attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche), e successive modifiche.

⁴⁸³) È prevista la partecipazione del pubblico alle valutazioni transfrontaliere, relative a piani, programmi, progetti e impianti i cui effetti ambientali si spiegano anche oltre i confini nazionali (art. 32, comma 4, codice dell'ambiente). Inoltre, il pubblico è consultato prima che siano adottati i piani di bacino (art. 66, comma 7) e di tutela delle acque (art. 122); *idem* per i piani regionali inerenti alla gestione integrata dei rifiuti (art. 199, comma 1).

Il c.d. decreto "Sblocca Italia" richiede una fase di consultazione pubblica, nel quadro della regolamentazione relativa al deposito temporaneo di terre e rocce da scavo (art. 8, comma 1-*bis*, decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 - Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive - convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164). L'art. 24 del decreto consente ai Comuni di definire, con apposita delibera, i criteri necessari per realizzare interventi di riqualificazione territoriale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati; a tal fine, i Comuni possono stabilire esenzioni per specifici tributi.

⁴⁸⁴) I soggetti interessati al rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale possono presentare osservazioni (art. 29-*quater*, commi 3-4, codice dell'ambiente).

⁴⁸⁵) *V.*, per la VIA: art. 15 legge provinciale di Bolzano 5 aprile 2007, n. 2 (*ex art.* 10, solo gli interessati possono presentare osservazioni durante la VAS); artt. 9, 10, 14, 15 legge regionale dell'Emilia-Romagna 18 maggio 1999, n. 9, e successive modifiche; art. 11 (e 10, per l'intervento dei privati interessati nella verifica di assoggettabilità) legge regionale della Liguria 30 dicembre 1998, n. 38, e successive modifiche; art. 4 legge regionale della Lombardia 2 febbraio 2010, n. 5; art. 14 legge regionale del Piemonte 14 dicembre 1998, n. 40; art. 12 legge regionale della Puglia 12 aprile 2001, n. 11; art. 10, comma 2, legge provinciale di Trento 17 settembre 2013, n. 19; art. 21 legge regionale della Valle d'Aosta 26 maggio 2009, n. 12; artt. 15-16 legge regionale del Veneto 26 marzo 1999, n. 10.

In Toscana, Marche e Calabria, solo gli interessati possono partecipare alla procedura di VIA (artt. 48, comma 8, e 54, comma 2, legge regionale della Toscana 12 febbraio 2010, n. 10; art. 13, comma 3, legge regionale delle Marche 26 marzo 2012, n. 3; art. 10, comma 4, regolamento regionale della Calabria 4 agosto 2008, n. 3). L'autorità può disporre un'inchiesta pubblica (art. 53 legge toscana; art. 13, comma 4, legge marchigiana, art. 10, comma 6, regolamento calabrese).

Per la VAS: art. 24 regolamento regionale della Calabria n. 3/2008; art. 5.4 allegato a delibera Giunta regionale della Campania 5 marzo 2010, n. 203; allegato B, art. 4.2.1, delibera Giunta regionale dell'Emilia-Romagna 21 dicembre 2015, n. 2170; art. 9 legge regionale della Liguria 10 agosto 2012, n. 32; art. 4.2 delibera Giunta regionale della Lombardia 25 luglio 2012, n. IX/3836; art. 2.5.1 delibera Giunta regionale delle Marche 21 dicembre 2010, n. 1813; art. 20 legge regionale del Piemonte n. 40/1998; art. 11 legge regionale della Puglia 14 dicembre 2012, n. 44; art. 2.3 delibera Giunta regionale della Sicilia 10 giugno 2009, n. 200; artt. 9 e 25 legge regionale della Toscana n. 10/2010; art. 5 decreto del Presidente della Provincia di Trento 14 settembre 2006, n. 15-68/leg; art. 11

progetto sottoposto a VIA è presentato in un'assemblea pubblica, nella quale i cittadini possono presentare le proprie osservazioni⁴⁸⁶.

1.4 - Partecipazione e infrastrutture nel nuovo codice dei contratti.

Si registra una radicale innovazione rispetto al codice del 2006. È prevista una disciplina unitaria per la progettazione di tutti i lavori pubblici⁴⁸⁷. Come anticipato, le infrastrutture strategiche - *rectius*, prioritarie - restano oggetto di norme differenziate, le quali, tuttavia, non riguardano che il procedimento di individuazione. In questo contesto, il legislatore ha introdotto un modulo procedimentale che consente la partecipazione dei privati all'elaborazione dei progetti di fattibilità. La normativa impone all'amministrazione aggiudicatrice la pubblicazione dei progetti di fattibilità inerenti alle grandi opere infrastrutturali caratterizzate da un impatto rilevante sull'ambiente e - in generale - sull'assetto del territorio; la stessa disposizione menziona una "consultazione pubblica" - allargata a tutti i "portatori di interesse" - i cui resoconti devono essere pubblicati assieme a tutti i documenti relativi ai lavori e redatti dall'amministrazione⁴⁸⁸. Gli esiti del dibattito sono valutati al momento di

legge regionale della Valle d'Aosta n. 12/2009; delibera Giunta regionale del Veneto 28 aprile 2009, n. 791. In Umbria, la possibilità di apportare contributi e formulare valutazioni è inclusa tra i principi generali dei procedimenti di VIA e VAS (art. 1, comma 4, legge regionale 16 febbraio 2010, n. 12).

⁴⁸⁶) Allegato A, art. 8, delibera Giunta regionale della Sardegna 23 aprile 2008, n. 24/23; l'autorità pubblica provvede a verbalizzare le opinioni espresse dai cittadini. La procedura di partecipazione alla VAS prevede sia incontri pubblici, sia una procedura *notice and comment* (art. 13 allegato C).

V. altresì: Art. 10 legge regionale delle Marche n. 3/2012, e successive modifiche; art. 10, comma 3, legge provinciale di Trento n. 19/2013.

⁴⁸⁷) Artt. 21-27 codice dei contratti pubblici. Si deve dedurre che la partecipazione al procedimento di VIA sia assicurata secondo le disposizioni contenute nel codice dell'ambiente.

L'art. 25, comma 1, disciplina la verifica preventiva dell'interesse archeologico, che deve avvenire con la collaborazione dei dipartimenti archeologici universitari e dei soggetti che possiedono una laurea in archeologia. Questi soggetti sono inclusi in un apposito elenco, istituito presso il Ministero dei beni culturali, e tenuto secondo i criteri stabiliti dallo stesso Ministero, con la partecipazione di tutti i soggetti interessati.

⁴⁸⁸) Art. 22, comma 1, codice dei contratti pubblici. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica precede il progetto definitivo e quello esecutivo. Gli atti sono pubblicati nel profilo del committente.

redigere il progetto definitivo, e sono discusse durante le conferenze di servizi inerenti all'opera in oggetto⁴⁸⁹. Tuttavia, il dibattito è obbligatorio soltanto per le opere individuate da un apposito decreto, adottato dal Presidente del Consiglio dei ministri⁴⁹⁰; lo stesso decreto - che deve essere emanato entro un anno dall'entrata in vigore del nuovo codice - determina le modalità di svolgimento del dibattito⁴⁹¹, secondo i criteri stabiliti dalla legge delega⁴⁹².

Lo schema iniziale approvato dal Consiglio dei ministri recava disposizioni più puntuali: tra i "portatori di interessi" erano espressamente compresi i comitati di cittadini, a condizione che avessero precedentemente provveduto a segnalare il proprio interesse alle competenti amministrazioni locali; i cittadini potevano esprimere le proprie osservazioni *on line* o, in alternativa, nell'ambito di dibattiti pubblici, destinati a svolgersi nei territori interessati⁴⁹³. Queste disposizioni non sono presenti nel codice, dopo che il Consiglio di Stato - che pure ha accolto

⁴⁸⁹) Art. 22, comma 4, codice dei contratti pubblici.

⁴⁹⁰) Art. 22, comma 2, codice dei contratti pubblici. Il decreto è emanato su proposta del ministro delle infrastrutture, sentito il ministro dell'ambiente e quello dei beni culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti.

⁴⁹¹) Art. 22, comma 3, codice dei contratti pubblici.

⁴⁹²) Art. 1, comma 1, lettera *qqq*), legge 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). Deve essere prevista "la pubblicazione *on line* dei progetti e degli esiti della consultazione pubblica".

⁴⁹³) Art. 22, comma 3, schema di decreto legislativo 4 marzo 2016, recante disposizioni per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

entusiasticamente l'introduzione del dibattito pubblico⁴⁹⁴ - ha espresso alcune perplessità inerenti allo schema iniziale⁴⁹⁵.

1.5 - Procedimento di emergenza per le infrastrutture prioritarie.

Il Presidente del Consiglio dei ministri può emanare un decreto, al fine di individuare le modalità e i tempi necessari a realizzare le infrastrutture ritenute “prioritarie” per lo sviluppo economico e sociale; per assicurare il rispetto delle indicazioni contenute nel decreto, sono nominati uno o più commissari straordinari, i quali esercitano ampi poteri di vigilanza e di impulso, e possono provvedere “*in deroga a ogni disposizione vigente*”⁴⁹⁶, anche in tema di partecipazione⁴⁹⁷. Il nuovo codice non ha abrogato le disposizioni in esame⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴) Il dibattito pubblico “*è uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto. Uno strumento di partecipazione democratica che in prospettiva assicura una maggiore accettazione sociale dell'opera, previene contenzioso, accelera la realizzazione dell'opera stessa. Una disciplina puntuale, effettiva, efficace, che assicuri al contempo partecipazione senza un eccesso di polverizzazione della stessa, costituisce un impegno difficile ma anche una sfida non rinviabile*” (Consiglio di Stato, parere n. 855/2016).

⁴⁹⁵) “*La disposizione sembra in particolare consentire la formazione di comitati ad hoc e dunque appare porsi in una prospettiva di superamento dei principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in materia, secondo cui la rappresentatività ed effettività degli organismi esponenziali di interessi collettivi va apprezzata ex ante, in base agli obiettivi statutariamente previsti ed all'effettivo svolgimento delle attività di cura di tali interessi. I rischi sono quelli di polverizzazione del dibattito e di ingestibilità dei lavori della conferenza, che la previsione di requisiti di effettività e rappresentatività potrebbe evitare*” (Consiglio di Stato, parere n. 855/2016).

⁴⁹⁶) Art. 20, commi 1-4, decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 (Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale), convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e successive modifiche.

Il commissario straordinario non può derogare alla disciplina comunitaria in tema di appalti, né ai principi generali dell'ordinamento giuridico. Inoltre, deve rispettare l'art. 8, comma 1, decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133: il commissario straordinario non può procedere all'attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi nelle acque del golfo di Venezia.

⁴⁹⁷) “*L'ordinario assetto delle competenze viene stravolto per gestire una funzione, come la realizzazione di opere pubbliche, che non dovrebbe rappresentare un'emergenza, e la partecipazione dei cittadini viene inevitabilmente compressa*” (IAIONE, *La localizzazione delle infrastrutture localmente indesiderate*, in *Per governare insieme*, a cura di ARENA-CORTESE, *op. cit.*, pp. 251-252).

⁴⁹⁸) Art. 217 codice dei contratti pubblici. Anzi, il tenore letterale del nuovo codice dà luogo a potenziali equivoci, laddove sono designate come “prioritarie” tanto le infrastrutture oggetto del procedimento d'emergenza di cui al d.l. n. 185/2008 - e

1.6 - Disciplina regionale.

In linea di principio, i legislatori regionali - nel disciplinare i procedimenti relativi alle infrastrutture di interesse regionale, e a quelle di interesse concorrente statale e regionale - hanno mostrato maggiore sensibilità alle esigenze partecipative in tema di infrastrutture strategiche. Più esattamente, alcune Regioni consentono al pubblico interessato la presentazione di osservazioni durante il procedimento di VIA inerente al progetto preliminare⁴⁹⁹ - ricalcando la normativa contenuta nel codice del 2006 - oppure, ancora più a monte, dopo che è stato pubblicato il programma regionale dei lavori pubblici⁵⁰⁰. In altre Regioni, la legge prevede - in linea di principio - il ricorso a istituti partecipativi, ma non ne stabilisce esattamente le modalità⁵⁰¹. Le garanzie partecipative sono più robuste nelle Regioni in cui l'amministrazione

individuare con decreto dal Presidente del Consiglio dei ministri - quanto quelle incluse nei documenti prioritari di programmazione, sostanzialmente assimilabili alle "infrastrutture strategiche" di cui al previgente codice.

⁴⁹⁹) Art. 3, comma 3, legge regionale della Lombardia 26 maggio 2008, n. 15 (per le infrastrutture di interesse concorrente statale e regionale); art. 6-*bis* legge provinciale di Trento 10 settembre 1993, n. 6, e successive modifiche (per le opere della Provincia di importo superiore al quadruplo della soglia comunitaria, nonché per le opere comunali superiori alla medesima soglia). In Trentino, l'amministrazione precedente deve motivare le decisioni conclusive assunte in merito all'opera pubblica

⁵⁰⁰) Art. 4, comma 2, legge regionale del Veneto 7 novembre 2003, n. 27 (per le infrastrutture di interesse regionale). In Veneto, l'amministrazione precedente deve pronunciarsi sulle osservazioni presentate.

⁵⁰¹) Legge regionale della Liguria 3 dicembre 2007, n. 39. La Regione definisce i Programmi regionali di intervento strategico (PRIS), al fine di "garantire la sostenibilità delle scelte, a risolvere le problematiche delle collettività e dei territori coinvolti dalla realizzazione delle opere infrastrutturali strategiche di preminente interesse nazionale e delle altre opere infrastrutturali d'interesse statale e regionale" (art. 1, comma 2). A tale scopo, "gli Enti locali avviano appositi percorsi di comunicazione e di coinvolgimento delle comunità locali interessate, atti a garantire il principio della partecipazione nelle scelte" (art. 2, comma 1). "La legge ligure reca importanti affermazioni di principio, la cui adeguata attuazione potrebbe colmare alcune delle principali lacune in materia di partecipazione oggi presenti nella legislazione nazionale sulle opere strategiche. Proprio sotto questo profilo, però, si ravvisa il principale punto di debolezza della legge. L'assenza, infatti, di previsioni precise circa istituti e modalità di attuazione ne rende aleatoria l'effettiva realizzazione" (TONEZZI, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di MACCHIATI-NAPOLITANO, Bologna, 2006, pp. 189-190).

può⁵⁰² o deve⁵⁰³ dare luogo a un'istruttoria pubblica, dando luogo a un contraddittorio con le formazioni sociali. La legge abruzzese contempla l'inchiesta pubblica: un organo nominato dall'amministrazione - il commissario - informa il pubblico in merito al progetto preliminare delle opere che possono produrre rilevanti modificazioni degli assetti territoriali, e ne raccoglie le osservazioni; in considerazione degli elementi acquisiti durante l'inchiesta, il commissario redige una relazione, che deve essere trasmessa al Presidente della Giunta regionale⁵⁰⁴. In ogni caso, la disciplina più compiuta è quella dettata

⁵⁰²) La legge regionale dell'Emilia-Romagna 24 marzo 2000, n. 20 (art. 36-*sexies*, comma 10, modificato dalla legge regionale 6 luglio 2009, n. 6) prevede che, prima di approvare il progetto preliminare di un'opera pubblica - anche quando l'opera non ha carattere strategico - possa essere attivato un percorso partecipativo o possa essere avviata un'istruttoria pubblica, con la partecipazione dei cittadini in forma associata; l'istruttoria deve essere sempre avviata, quando la valutazione dell'opera "*richiede il necessario coinvolgimento della comunità locale, per i significativi impatti ambientali e territoriali?*". A tal fine può essere nominato un garante (art. 36-*quinquies*). Nulla è disposto in ordine all'efficacia dell'istruttoria nel procedimento; tuttavia, si rammenta che lo statuto emiliano-romagnolo vincola l'autorità all'emanazione di un provvedimento motivato a conclusione dell'istruttoria pubblica.

⁵⁰³) In Sardegna - riprendendo la proposta iniziale formulata dalla Commissione Nigro per la legge statale sul procedimento amministrativo - l'istruttoria pubblica è disciplinata dalla legge generale sul procedimento (art. 18 legge n. 40/1990). Deve sempre precedere l'adozione dei provvedimenti inerenti alla realizzazione di opere pubbliche che incidano in modo rilevante sull'assetto e sull'economia del territorio. Vi possono partecipare le organizzazioni sociali e di categoria interessate. L'istruttoria si svolge per mezzo di apposite riunioni, delle quali è redatto verbale. Gli atti soggetti a istruttoria pubblica sono individuati con decreto del Presidente della Giunta regionale, previa deliberazione della Giunta stessa.

⁵⁰⁴) Art. 11 legge regionale dell'Abruzzo 3 marzo 1999, n. 11. L'inchiesta pubblica avviene *di norma*: pertanto, è indetta non in automatico, ma nei soli casi stabiliti dalla legge.

L'inchiesta pubblica abruzzese è del tutto simile a quella disciplinata dalla legge francese, di cui si discuterà *infra*. Si registra una differenza rispetto all'inchiesta pubblica regolata dal codice dell'ambiente per il procedimento di VIA: il codice dell'ambiente non affida lo svolgimento dell'inchiesta a un commissario.

Bisogna segnalare che anche il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 27 dicembre 1988 (Norme tecniche per la redazione degli studi di impatto ambientale e la formulazione del giudizio di compatibilità di cui all'art. 6, L. 8 luglio 1986, n. 349, adottate ai sensi dell'art. 3 del D.P.C.M. 10 agosto 1988, n. 377) include una ipotesi di inchiesta pubblica (allegato IV, artt. 7 e 8). Quando il ministro dell'ambiente rilascia il giudizio finale di compatibilità ambientale per i progetti di centrali turboelettriche e a gas, deve tenere in considerazione le rilevanze dell'inchiesta pubblica, svolta nel territorio interessato da un magistrato della giurisdizione amministrativa. In questo caso, la partecipazione dei privati consiste nella presentazione di memorie scritte; si può disporre l'audizione dei soggetti che hanno presentato le memorie. Di fatto, questa inchiesta non ha mai trovato applicazione (*cf.* CASINI, *Gli strumenti di partecipazione alle scelte sulla localizzazione di infrastrutture strategiche*,

dalla legge toscana, che ha introdotto nell'ordinamento italiano il dibattito pubblico in materia infrastrutturale: l'argomento sarà trattato più diffusamente in seguito; a sua volta, la legge urbanistica calabrese prevede che gli atti di pianificazione territoriale - comprendendovi espressamente le decisioni relative alle opere pubbliche, anche non strategiche - siano adottati in seguito a una fase di concertazione con i cittadini, attraverso gli appositi "laboratori di partecipazione"⁵⁰⁵. Merita una menzione particolare il Piemonte, ove la partecipazione alla determinazione delle scelte strategiche in tema di grandi infrastrutture avviene in seno a un apposito organo regionale⁵⁰⁶.

2 - Il *débat public* infrastrutturale in Francia.

Istruttoria pubblica, audizione pubblica, inchiesta pubblica, dibattito pubblico: come si è visto, il legislatore utilizza diverse espressioni per designare tutti i casi in cui l'amministrazione procedente acquisisce il parere dei cittadini senza che questi si limitino a presentare osservazioni scritte.

"Dibattito pubblico" e "inchiesta pubblica" sono istituti giuridici mutuati dall'ordinamento francese. Già da alcuni decenni, il legislatore transalpino

in AA.VV., *Programmazione, decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche. Proposte di riforma delle regole e delle procedure*, a cura di Astrid, Roma, 2010, p. 98).

⁵⁰⁵) Art. 11 legge regionale della Calabria 16 aprile 2002, n. 19, e successive modifiche. I laboratori si possono articolare a livello urbano, territoriale e di quartiere: si prefiggono di "favorire una reale attività di partecipazione e condivisione collettiva" e sono il luogo deputato alla concertazione con gli enti locali. Le osservazioni dei cittadini sono incluse nel "fascicolo della pianificazione e della concertazione", parte integrante del piano strutturale comunale, nonché della VAS, secondo l'art. 1, comma 3. La concertazione può riguardare solo le opere pubbliche che non siano state incluse in atti di pianificazione già oggetto di dibattito e che abbiano un impatto su "porzioni rilevanti della popolazione".

Sono escluse dall'applicazione di questa disposizione le opere predisposte in funzione di contributi regionali, statali e comunitari, quelle caratterizzate dal requisito dell'urgenza per ragioni di interesse pubblico o pubblica sicurezza, e quelle per la realizzazione delle quali siano previsti termini perentori "non compatibili" con lo svolgimento delle operazioni partecipative.

⁵⁰⁶) Secondo la legge regionale 21 aprile 2011, n. 4 (la quale detta disposizioni in ordine agli interventi nei territori interessati dalla realizzazione di grandi infrastrutture), il comitato di pilotaggio è un organo politico che individua le strategie e gli indirizzi dell'attività relativa alla realizzazione di infrastrutture (art. 5, comma 1). Il comitato è formato solo da rappresentanti degli enti territoriali - Stato compreso - ed è presieduto da un rappresentante della Giunta regionale (comma 2); deve confrontarsi con i rappresentanti di associazioni e soggetti portatori di interessi specifici (comma 6).

assicura, mediante questi due strumenti, la partecipazione dei cittadini ai procedimenti ambientali e infrastrutturali⁵⁰⁷. Un'indagine approfondita delle norme che regolano queste forme di partecipazione in Francia - nonché del contesto in cui esse si svolgono - può essere utile a saggiarne l'efficacia.

2.1 - Vincoli costituzionali. La Convenzione di Aarhus in Francia.

In Francia, l'intervento popolare nei grandi procedimenti infrastrutturali è costituzionalmente protetto: la Carta dell'ambiente (*Charte de l'environnement*)

⁵⁰⁷) In Francia, gli atti amministrativi generali sono sottratti all'obbligo del contraddittorio e della motivazione; *idem* i provvedimenti singolari, salvi i provvedimenti che hanno un contenuto sfavorevole per il destinatario o che derogano alle norme contenute nelle leggi e nei regolamenti: tuttavia, sono tenuti all'obbligo di motivazione gli organi di sicurezza sociale e quelli elencati dall'art. L351-2 *code du travail* (artt. 1-3 e 6 legge 17 luglio 1979, n. 587, e art. 24 legge 12 aprile 2000, n. 321, abrogati con *ordonnance* 23 ottobre 2015, n. 1341, e sostituiti dagli artt. L121-1 e L211-2 - 3 *code des relations entre le public et l'administration*, in vigore dall'1 gennaio 2016).

L'ordinamento francese non manca di prevedere garanzie procedurali per i procedimenti di valutazione ambientale: v. artt. L122-1-1 e L122-8 *code de l'environnement*.

Inoltre, l'art. 300-2 codice urbanistico (*code de l'urbanisme*) elenca una serie di strumenti urbanistici che devono essere sottoposti a un procedimento di *concertation*, durante l'intera fase di elaborazione dei progetti. Il pubblico deve poter accedere alle informazioni relative al progetto e ha diritto di presentare osservazioni e proposte. A questi procedimenti non si applica la disciplina del dibattito pubblico (art. L121-2 *code de l'environnement*).

L'art. L121-16 *code de l'environnement* consente all'autorità procedente di procedere a una consultazione preliminare del pubblico in ordine a progetti, piani e programmi soggetti a inchiesta pubblica, già prima che l'inchiesta si svolga. Ne deriva che la partecipazione dei cittadini è sempre assicurata nella fase precedente all'inchiesta, anche per quelle decisioni che - secondo la legge - non sono oggetto di dibattito pubblico.

L'art. L120-1 *code de l'environnement* enuncia il principio generale della partecipazione del pubblico alle decisioni amministrative pubbliche che abbiano una "*incidenza diretta e significativa sull'ambiente*" e detta una disciplina residuale dell'intervento popolare, da applicarsi anche qualora non si faccia ricorso alle procedure di consultazione regolate dal codice. Il progetto di decisione è preliminarmente messo a disposizione dei cittadini, per via elettronica: questi possono avanzare le loro osservazioni sul progetto entro un termine non inferiore a ventuno giorni. Il progetto non può essere definitivamente adottato se non dopo che è scaduto un termine dilatorio non inferiore a quattro giorni, salvo il caso in cui non è pervenuta alcuna osservazione. Contestualmente all'adozione e alla pubblicazione del progetto deve esserne resa pubblica la motivazione; inoltre, è necessario allegare la sintesi delle osservazioni del pubblico.

Secondo l'art. L120-2 *code de l'environnement*, le decisioni che producono un rilevante effetto ambientale non sono sottoposte a consultazione pubblica, se sono state assunte in base ad altre decisioni che, a loro volta, sono state oggetto di proposte e osservazioni dei cittadini, ovvero se costituiscono provvedimenti sanzionatori.

riconosce a chiunque - alle condizioni e nei limiti stabiliti dalla legge⁵⁰⁸ - il diritto di accedere a tutte le informazioni detenute dall'autorità, nonché di partecipare alle decisioni pubbliche⁵⁰⁹.

Pertanto, il legislatore francese ha espressamente attribuito rango costituzionale al principio generale enunciato dalla Convenzione di Aarhus⁵¹⁰.

Al contempo, il *Conseil d'État* sostiene che la Francia non sia tenuta al rispetto della Convenzione, laddove questa prescrive che gli Stati firmatari consentano la partecipazione del pubblico fin dall'inizio della procedura, in modo da esercitare un'influenza effettiva sulla decisione⁵¹¹.

⁵⁰⁸) *Cfr.* art. 34, comma 3, Cost. francese: i principi fondamentali della protezione ambientale sono soggetti a riserva di legge.

Con la decisione del 19 giugno 2008, n. 564, il Consiglio Costituzionale (*Conseil Constitutionnel*) ha dichiarato l'illegittimità di due disposizioni del *code de l'environnement*. Nel quadro dei procedimenti relativi all'utilizzo degli organismi geneticamente modificati, le disposizioni censurate limitavano il diritto d'accesso agli atti; al contempo, le medesime disposizioni rinviavano a un decreto del Consiglio di Stato per l'individuazione delle informazioni che non possono essere coperte da segreto. Dunque, il legislatore ha violato la riserva di legge: "*le législateur a, en égard à l'atteinte portée aux secrets protégés, méconnu l'étendue de sa compétence*".

La sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato (*Conseil d'État - Section du Contentieux*) ha annullato il decreto 1 agosto 2006, n. 993, il quale - tra l'altro - disciplinava l'inchiesta pubblica finalizzata a precisare il campo di applicazione del *code de l'urbanisme* nei Comuni lacustri (sentenza 3 ottobre 2008, n. 297931). Poiché il *code de l'urbanisme* non detta alcun principio in ordine al tema in oggetto, il decreto ha dettato quelle condizioni e quei limiti che, secondo la *Charte de l'environnement*, devono essere stabiliti dal legislatore. Pertanto, il decreto è stato adottato da un soggetto incompetente.

⁵⁰⁹) Art. 7 legge costituzionale 1 marzo 2005, n. 205 (*Charte de l'environnement*). La Carta è parte integrante della Costituzione francese.

⁵¹⁰) Ratificata in Francia con la legge 28 febbraio 2002, n. 285.

⁵¹¹) *V. Conseil d'État*, sottosezioni VI e I riunite, sentenze 28 dicembre 2005, nn. 267287 e 277128, *ACIPA Notre-Dame-des-Landes* e *Syndicat d'agglomération Nouvelle Ouest-Provence*. Con la seconda decisione, il giudice amministrativo ha rigettato il ricorso volto ad annullare la decisione con cui la CNDP aveva negato l'indizione di un dibattito pubblico, mentre si procedeva a costruire un inceneritore a Fos-sur-Mer. Come si vedrà in seguito, il dibattito pubblico può essere organizzato solo per alcuni progetti, piani e programmi, rispondenti ai criteri individuati con un decreto del *Conseil d'État*. Il giudice ha rilevato che il progetto in esame era escluso dall'ambito della norma, atteso che i progetti relativi agli impianti industriali possono essere sottoposti a dibattito solo quando il valore economico dell'opera è superiore a 150 milioni di euro. Invano, i ricorrenti hanno invocato - tra le altre norme - anche l'art. 6, § 4, della Convenzione di Aarhus: secondo il giudice, (*les stipulation du*) "*paragraphe 4, en tout état de cause, créent seulement des obligations entre les Etats parties à la convention et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne*".

Successive decisioni affermano lo stesso principio, oltre che per il § 4, anche per i § 8-9 (*Conseil d'État*, sottosezioni VI e I riunite, sentenze 15 novembre 2006, n. 291056; 6 giugno 2007, n. 292942; 19 marzo 2008, n. 297860; 21 maggio 2008, n. 301688; 18 dicembre 2008, n. 310027; 23 febbraio 2009, n. 292397; 23 aprile 2009, n. 306242; 29 maggio 2009, n.

A questo proposito, il Comitato per l'esame e il rispetto della Convenzione ha affermato che gli Stati firmatari possono scegliere liberamente se dare effetto diretto alla Convenzione o riportarne le disposizioni nella propria legislazione⁵¹². Inoltre, ha evidenziato che l'istituto dell'inchiesta pubblica consente ai cittadini francesi di intervenire nelle decisioni pubbliche in tema di ambiente fin dall'inizio del processo decisionale: pertanto, la normativa francese non contrasta con la Convenzione⁵¹³. Nondimeno, taluni procedimenti ambientali possono instaurarsi successivamente all'adozione di alcune decisioni che, pur non condizionando formalmente il contenuto del provvedimento finale, riducono il numero delle opzioni a disposizione dell'autorità che lo adotta; così, i cittadini francesi possono effettivamente intervenire nel procedimento, ma, nella prassi, sussiste il rischio che essi non possano farlo quando tutte le opzioni sono ancora praticabili⁵¹⁴.

297522; 27 luglio 2009, n. 301385; 23 marzo 2011, n. 329642; 16 novembre 2011, n. 344972; 20 marzo 2013, n. 354321; 25 settembre 2013, n. 352660; 16 luglio 2014, n. 365522). Al contempo, secondo la giurisprudenza, gli artt. 6, § 2 e 3, della Convenzione sono direttamente applicabili nell'ordinamento francese: *ex plurimis, v. Conseil d'État*, sottosezioni VI e I riunite, sentenza n. 292942/2007, *Société Paris-Ouest et Compagnie*.

In questo quadro, la giurisprudenza ha escluso apertamente che l'indizione di un dibattito pubblico sia necessaria per garantire il rispetto della Convenzione di Aarhus. L'autorità amministrativa francese è tenuta a informare i cittadini in ordine alle decisioni elencate dall'allegato I della Convenzione; tuttavia, "*ces stipulations (...) n'impliquent pas par elles-mêmes l'organisation d'un débat public au sens des dispositions des articles L. 121-1 et suivants du code de l'environnement*" (*Conseil d'État*, sottosezioni X e IX riunite, sentenza 20 aprile 2005, n. 258968, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et Milieu-Auxences*. Conformi: sentenze 9 dicembre 2011, n. 324294; sentenza 1 marzo 2013, n. 353009).

⁵¹²) "*Le Comité note que si les Parties peuvent appliquer la Convention de différentes façons, par exemple en transposant pleinement les dispositions dans leur législation nationale ou en s'en remettant, dans une certaine mesure, au principe de l'effet direct, il s'avère que les dispositions du paragraphe 5 de l'article 6 ne peuvent pas être mises en application, à moins d'être dûment incorporées dans la législation nationale des Parties*" (Comitato d'esame per il rispetto della Convenzione di Aarhus, decisione 3 luglio 2009 sulla comunicazione n. 2007/22).

⁵¹³) Comitato d'esame per il rispetto della Convenzione di Aarhus, decisione *ult. cit.*, a proposito del procedimento relativo all'autorizzazione necessaria per l'utilizzo di un fondo (*autorisation d'exploiter*), rilasciata dal Prefetto del Dipartimento delle Bouches-du-Rhône, e necessaria alla costruzione dell'inceneritore di Fos-sur-Mer. "*L'avis au public semble satisfaire aux prescriptions du paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention (...) Aucun autre élément d'information ne donne à penser que la durée du processus décisionnel engagé devant le préfet en tant que telle ait été trop courte pour garantir la participation effective du public. Comme il a été déjà affirmé, le Comité a aussi l'impression que toutes les options et solutions étaient possibles au stade de la procédure décisionnelle devant le préfet, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 6*".

⁵¹⁴) Nel caso di specie, l'*autorisation d'exploiter* è successiva alla decisione con cui la Comunità urbana metropolitana di Marsiglia ha determinato le modalità per lo

2.2 - La normativa e la sua evoluzione.

L'inchiesta pubblica (*enquête publique*) è un istituto tradizionale nell'ordinamento francese: fin dal secolo XIX è parte del procedimento di espropriazione per pubblica utilità⁵¹⁵; in seguito è stata adottata anche in altre normative di settore. Tuttavia, solo nel 1983 essa è diventata oggetto di una disciplina organica⁵¹⁶, sensibilmente modificata dalla c.d. legge *Grenelle 2*, approvata nel 2010⁵¹⁷.

L'inchiesta si svolge durante l'elaborazione di progetti, piani o programmi - elencati dalla legge - che, per la loro natura o per le caratteristiche del territorio in cui insistono, sono suscettibili di produrre effetti sull'ambiente; l'inchiesta mira a informare il pubblico e ad acquisirne le osservazioni, con il fine dichiarato di assicurarne l'informazione e la partecipazione: la stazione appaltante (*maître d'ouvrage*) deve tenere in considerazione le istanze dei

smaltimento dei rifiuti, in assenza di un piano adottato a livello dipartimentale. Il Comitato ha riconosciuto che questo provvedimento ha esercitato un'influenza effettiva sulle scelte successive ("*cette délibération a contribué pour beaucoup à l'implantation de l'installation ainsi qu'à l'examen de la demande d'autorisation par le préfet*"), pur non essendo annoverato fra gli atti che, ai sensi della normativa vigente, devono essere adottati per costruire un impianto di smaltimento ("*elle n'impliquait ni ne constituait une autorisation de l'usine de traitement des déchets ou du mode de traitement des déchets*"). Così, il margine di scelta del decisore è stato effettivamente limitato ("*le Comité note que, même s'il ne considère pas que la Partie concernée ait manqué aux dispositions de la Convention, les processus décisionnels français, comme la présente affaire l'atteste, font intervenir plusieurs autres types de décisions et d'actes susceptibles de limiter de fait l'éventail des options à prendre en compte dans le cadre d'une décision d'agrément au titre de l'article 6 de la Convention*").

⁵¹⁵) L'inchiesta pubblica è stata introdotta nell'ordinamento dalla legge del 7 luglio 1833. Tuttavia, la dichiarazione di pubblica utilità ne richiede lo svolgimento (art. L11-1 codice dell'espropriazione - *code de l'expropriation*).

⁵¹⁶) La maggioranza presidenziale era quella di MITTERRAND. La legge che ha introdotto l'inchiesta pubblica dell'ordinamento è coeva alle tre leggi sul decentramento - promulgate il 2 marzo 1982, il 7 gennaio 1983 e il 22 luglio 1983 - che hanno trasferito il potere esecutivo nei Dipartimenti dai prefetti ai Consigli generali elettivi e che hanno modificato il riparto di competenze fra Stato e collettività territoriali in favore di queste ultime. Insomma, la riforma dell'inchiesta pubblica si inserisce in un contesto nel quale il legislatore di una Repubblica dalla spiccata e duratura tradizione centralista ha scelto di condividere una parte del potere decisionale statale con altri soggetti diversi dallo Stato.

⁵¹⁷) Legge 12 luglio 2010, n. 788, *portant engagement national pour l'environnement*.

cittadini⁵¹⁸. Secondo la legge del 1983, l'inchiesta serviva soltanto ad allargare la base conoscitiva dell'autorità procedente - nonostante i cittadini avessero la facoltà di avanzare controproposte - ed era posteriore alla redazione dello studio di impatto ambientale⁵¹⁹. Il responsabile dell'inchiesta⁵²⁰ deve restare a disposizione delle persone o delle associazioni che vogliono essere ascoltate; può acquisire documenti, svolgere ispezioni, disporre audizioni e organizzare riunioni pubbliche in presenza dei rappresentanti della stazione appaltante⁵²¹.

⁵¹⁸) Art. L123-1 *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2010-788. Sono esclusi i progetti necessari a fronteggiare un pericolo grave e immediato. *Cfr.* Art. 1, comma 1, legge 12 luglio 1983 n. 630, *relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement* (c.d. legge Bouchardeau), abrogata con *ordonnance* 18 settembre 2000 n. 914, *relative à la partie législative du code de l'environnement*.

Secondo la parte I dell'art. L123-2 *code de l'environnement*, come *supra* modificato, sono oggetto di inchiesta pubblica i piani e i progetti che devono essere sottoposti a valutazione ambientale (artt. L122-4 - L122-11 *code de l'environnement*; artt. L121-10 - L121-15 *code de l'urbanisme*): sono esclusi alcuni progetti di secondaria importanza, elencati in un decreto del Consiglio di Stato. Inoltre, l'inchiesta pubblica deve riguardare i progetti che creano parchi o riserve naturali.

L'inchiesta non può avere durata inferiore a un mese (art. L123-9 *code de l'environnement*, come *supra* modificato).

Il *maître d'ouvrage* è “la personne morale (...) pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre”. (Art. 2, comma 1, legge 12 luglio 1985, n. 704, *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée*, e successive modifiche. Un successivo regolamento del Ministero per l'ecologia - adottato l'8 settembre 2009, e poi modificato - ribadisce che “le maître de l'ouvrage est le pouvoir adjudicateur pour le compte duquel les travaux sont exécutés”: art. 2, comma 1, *cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux*).

⁵¹⁹) Art. 2, comma 1, legge n. 1983-630; art. L123-3 *code de l'environnement*, prima di essere modificato dalla legge n. 2010-788.

Disciplinato dagli artt. L122-1 - L122-3-3 *code de l'environnement*, *l'étude d'impact* è l'equivalente della VIA: riguarda i progetti che incidono in misura significativa sull'ambiente o sulla salute umana, individuati secondo i criteri stabiliti dall'allegato III alla direttiva 1985/337/CE (*v.* parte I dell'art. L122-1, comma 3, *code de l'environnement*).

Ad ogni modo, se l'inchiesta si svolge dopo che è stato adottato un provvedimento di valutazione ambientale, il pubblico ne deve essere informato (parte I dell'art. L123-10 *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2010-788). Se il provvedimento non è ancora stato emanato, il pubblico deve poter accedere a un fascicolo che includa le informazioni ambientali relative al progetto.

⁵²⁰) L'inchiesta è presieduta da un commissario o da una commissione d'inchiesta, in base al grado di complessità della questione da trattare; ogni commissario è nominato dal presidente del tribunale amministrativo competente per territorio, sulla base di una “lista d'attitudine” compilata dallo stesso tribunale. Sono esclusi i soggetti a qualunque titolo coinvolti nella realizzazione dell'opera. (Artt. L123-4 - L123-5 *code de l'environnement*, come *supra* modificati. *Cfr.* art. 2, commi 3-6, legge n. 1983-630).

⁵²¹) Parte II dell'art. L123-13 *code de l'environnement*, come *supra* modificato. *Cfr.* art. 4, commi 2-3, legge n. 1983-630.

Al termine dell'inchiesta, il responsabile deve redigere e rendere pubblico un rapporto in cui espone le sue conclusioni motivate: deve tenere conto⁵²² delle controproposte avanzate dai partecipanti, nonché delle considerazioni formulate dalla stazione appaltante⁵²³. Se il rapporto finale contiene conclusioni sfavorevoli alla realizzazione dell'opera, si può richiedere la sospensione dei lavori al giudice amministrativo, che deve accogliere la domanda, quando sussistono elementi tali da renderla fondata: *idem* avviene se l'inchiesta pubblica non ha avuto luogo⁵²⁴. Se l'esito negativo dell'inchiesta investe un progetto richiesto da una collettività locale, lo stesso progetto dovrà essere nuovamente approvato dall'organo deliberante dell'ente committente⁵²⁵.

Nel 1991, le polemiche sorte attorno alla costruzione di una linea ferroviaria ad alta velocità⁵²⁶ hanno indotto il Governo a convocare un'ampia discussione sulla realizzazione dell'infrastruttura, senza ricorrere all'inchiesta pubblica. La consultazione, pur non conducendo all'accantonamento del progetto, ne ha

⁵²²) Secondo la dottrina francese, l'obbligo di "tenere conto" di un atto o di un documento comporta almeno la necessità di non distaccarsi senza motivo dal suo contenuto. "*Selon la configuration de la législation en cause, l'exigence de prise en compte peut aller au-delà de la simple information du contenu d'un acte ou d'un document et impliquer qu'au moins on ne s'en écarte pas sans motifs (...). Le degré minimum de l'obligation est de ne pas ignorer l'acte ou la situation dont il doit être tenu compte*" (BONICHOT, *Compatibilité, cohérence, prise en compte: jeux de mots ou jeu de rôle?*, in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Orléans, 2006, pp. 55 e 57).

⁵²³) Art. L123-15, commi 1-3, *code de l'environnement*, come *supra* modificato. Il rapporto deve essere redatto entro trenta giorni dalla fine dell'inchiesta: se questo termine non è rispettato, l'autorità competente a organizzare l'inchiesta può chiedere che il giudice amministrativo sostituisca il commissario o la commissione d'inchiesta, a meno che questi ultimi non avessero chiesto e ottenuto un termine supplementare o non abbiano una giustificazione per la propria inazione (art. L123-15, comma 4). *Cfr.* art. 4, comma 6, legge n. 1983-630.

Si badi che, secondo l'art. L123-14, l'inchiesta può essere sospesa dall'autorità precedente - una sola volta e per un massimo di sei mesi - qualora sia necessario apportare modifiche sostanziali al progetto, al piano o al programma; scaduto il termine di sospensione, dopo che il pubblico è stato informato delle modifiche, l'inchiesta è prolungata di almeno trenta giorni. Se l'esigenza di modificare il progetto sorge a inchiesta già conclusa, può essere richiesta un'inchiesta supplementare.

⁵²⁴) Art. L123-16, commi 1-2, *code de l'environnement*, come *supra* modificato. *Cfr.* art. 6, commi 1-2, legge n. 1983-630.

⁵²⁵) Art. L123-16, comma 4, *code de l'environnement*, come *supra* modificato. *Cfr.* art. 6, comma 3, legge n. 1983-630, e successive modifiche.

⁵²⁶) Nella fattispecie, si tratta della linea ferroviaria "TGV Méditerranée", destinata a collegare Saint-Marcel-de-Valence e Marsiglia.

riguardato tutti gli aspetti più controversi, e si è svolto quando il procedimento era appena iniziato⁵²⁷.

Sulla scorta di quell'esperienza, il dibattito pubblico (*débat public*) è diventato oggetto di una compiuta disciplina giuridica: nel 1992, con una circolare ministeriale⁵²⁸; nel 1995, con una legge⁵²⁹. Nel 2000, il legislatore ha incluso in un unico codice (*Code de l'environnement*) l'intera normativa in materia ambientale, includendovi le disposizioni delle leggi in tema di inchiesta pubblica e dibattito pubblico, e conseguentemente abrogandole; la normativa è rimasta pressoché immodificata fino al 2002, quando fu approvata una legge finalizzata a promuovere la democrazia di prossimità⁵³⁰. Nel 2010, la già citata legge *Grenelle 2* ha ulteriormente innovato la disciplina del dibattito pubblico.

Il dibattito può essere indetto per discutere gli obiettivi e le caratteristiche dei progetti che hanno un significativo impatto ambientale e socio-economico⁵³¹. Il

⁵²⁷) La discussione “*préconise une concertation en continu, très en amont de la décision, avec un dispositif en trois temps : un débat sur les objectifs de l'infrastructure à l'échelle de l'espace régional, un débat sur le tracé à l'échelle locale, une évaluation des choix et de la tenue des objectifs de l'infrastructure à l'issue de la réalisation*”. (BLATRIX, *Genèse et consolidation d'une institution: le débat public en France*, in *Le débat public: une expérience française de démocratie participative*, a cura di REVEL-BLATRIX-BLONDIAUX-FOURNIAU-DUBREUIL-LEFEBVRE, Parigi, 2007, p. 48). Al dibattito conseguirono pochi mutamenti sostanziali, tutti connessi alle condizioni stabilite per l'espropriazione dei terreni interessati; “*c'est une concession en termes de procédure qui est faite à l'issue de la mobilisation*”, dal momento che questa esperienza “*a permis aux citoyens d'exprimer leur avis sur un projet d'aménagement non plus seulement en aval du processus de décision, au stade de l'enquête publique, mais en amont, dès sa conception*” (*ibid.*, p. 49).

⁵²⁸) *Circulaire du ministre de l'équipement, du logement et des transports* 15 dicembre 1992, *relative à la conduite des grands projets nationaux d'infrastructures*. Il dibattito doveva avvenire sotto l'egida di un Prefetto coordinatore, designato dal ministro, a monte degli studi relativi al tracciato, e doveva consentire l'intervento dei cittadini singoli e associati. Questa consultazione era direttamente indetta dall'esecutivo, senza che i cittadini potessero sollecitarne l'organizzazione.

⁵²⁹) Legge 2 febbraio 1995, n. 101, *relative au renforcement de la protection de l'environnement*.

⁵³⁰) Legge 27 febbraio 2002, n. 276, *relative à la démocratie de proximité*. La stessa legge, tra l'altro, introduce forme di consultazione degli elettori nelle questioni d'importanza comunale (titolo I, capitolo I) e trasferisce alcune funzioni amministrative alle collettività locali (titolo III, capitolo I).

⁵³¹) Art. L121-1, commi 1-2, *code de l'environnement*, modificati dalla legge n. 2002-276. *Cfr.* art. 2, comma 1, legge n. 1995-101.

progetto deve essere reso pubblico; si dà luogo al dibattito quando ne fa richiesta uno dei soggetti individuati dalla legge⁵³².

Lo svolgimento del dibattito è affidato a un'apposita autorità amministrativa indipendente (*Commission nationale du débat public*, abbreviata in CNDP)⁵³³, incaricata di vigilare sulla partecipazione del pubblico durante l'elaborazione del progetto, nonché sulla sua corretta informazione durante la fase esecutiva⁵³⁴; la Commissione non può esprimere alcuna valutazione in merito al progetto⁵³⁵. Le modalità del dibattito sono stabilite dalla stessa CNDP⁵³⁶. Al

⁵³²) Parte II art. L121-8, comma 2, e art. L121-10 *code de l'environnement*, come *supra* modificati. Vi rientrano: la stazione appaltante e il responsabile del progetto; dieci parlamentari; un consiglio regionale, dipartimentale o comunale - nonché un ente di cooperazione intercomunale - territorialmente interessato dal progetto; le associazioni che promuovono gli interessi ambientali a livello nazionale. *Cfr.* art. 2, commi 2-3, legge n. 1995-101: il legislatore del 1995 non aveva compreso nell'elenco i consigli dipartimentali e comunali, ed erano venti - non dieci - i senatori o i deputati necessari a chiedere l'indizione del dibattito.

A sua volta, il Ministero dell'ambiente può richiedere alla CNDP l'organizzazione di un dibattito pubblico a proposito delle opzioni generali contenute in piani o programmi di interesse nazionale che producano un'incidenza importante sull'ambiente (art. L121-10 *code de l'environnement*, come *supra* modificato).

⁵³³) La CNDP ha caratteristiche simili al BAPE canadese (*Bureau d'audiences publiques sur l'environnement*), istituito dal 1978 dal governo provinciale del Québec.

Secondo l'art. L121-3 *code de l'environnement*, modificato dalle leggi n. 2002-276 e 2010-788, ne fanno parte - fino alla scadenza del proprio mandato, ovvero, in assenza di un mandato a termine, per cinque anni: un deputato e un senatore; sei rappresentanti delle collettività locali; un rappresentante ciascuno per Consiglio di Stato, Corte di Cassazione, Corte dei conti, magistratura amministrativa; due rappresentanti ciascuno per le associazioni ambientaliste e per le associazioni che rappresentano consumatori e utenti; due tecnici nominati dal Governo; due rappresentanti ciascuno per le associazioni sindacali e datoriali. *Cfr.* art. 2, comma 5, legge n. 1995-101.

⁵³⁴) Art. L121-3, commi 1, 3-4, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2002-276.

⁵³⁵) Art. L121-1, comma 7, *code de l'environnement*, come *supra* modificato.

⁵³⁶) Art. L121-1, comma 9, *code de l'environnement*, come *supra* modificato. Ma le modalità di partecipazione e informazione del pubblico nella fase successiva al dibattito pubblico sono, a loro volta, oggetto di discussione (art. L121-1, comma 2, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2010-788). Nella fase intercorrente tra dibattito e inchiesta, la stazione appaltante deve rendere conto alla CNDP delle modalità utilizzate per informare e consultare il pubblico (art. L121-13-1 *code de l'environnement*, come *supra* modificato).

Il *Conseil d'État* nega che il giudice possa sindacare le modalità stabilite dalla commissione per lo svolgimento del dibattito. “*Si les décisions par lesquelles la Commission nationale du débat public décide ou refuse d'organiser un débat public ont le caractère de décisions faisant grief, les mesures que cette commission ou la commission particulière qu'elle a chargée de l'organisation d'un débat public arrête ensuite pour déterminer les modalités de déroulement d'un tel débat, ne constituent pas des décisions susceptibles d'être déferées au juge de l'excès de pouvoir*”. (*Conseil d'État*, sottosezioni II e I riunite, sentenza 14 giugno 2002, n. 215154, *Association pour garantir l'intégrité rurale restante*; non è illegittima la decisione con cui la CNDP rifiuta di richiedere una consulenza

termine del dibattito, la CNDP ne redige e ne pubblica il bilancio finale⁵³⁷. Quando l'atto finale è divenuto definitivo, non possono più essere contestate le eventuali irregolarità che si sono verificate durante il dibattito⁵³⁸.

La normativa del 1995, per quanto innovativa, non garantiva appieno l'incidenza dei cittadini del processo decisionale. Lo svolgimento del dibattito pubblico era solo eventuale, ed era condizionato all'iniziativa dell'autorità o dei cittadini in forma associata. Il legislatore non stabiliva con certezza in cosa consistesse il dibattito. I cittadini potevano intervenire nel procedimento durante la fase di elaborazione del progetto, ma non potevano mettere in discussione l'opportunità di portarlo a termine⁵³⁹. Il rapporto finale del dibattito pubblico era semplicemente "messo a disposizione" del commissario o della commissione d'inchiesta⁵⁴⁰, ma nulla era disposto in ordine alla sua efficacia nel procedimento.

La legge n. 2002-276 ha dettato una disciplina più puntuale. L'oggetto del dibattito è stato allargato, fino a comprendere, oltre alle caratteristiche del progetto, anche l'opportunità di darvi seguito⁵⁴¹. Attualmente, il dibattito e la

complementare per integrare le informazioni fornite dalla stazione appaltante). *Conforme*: sottosezioni VI e I riunite, sentenza 5 aprile 2004, n. 254775, *ACIPA Nôtre-Dame-des-Landes*; non è illegittima la decisione con cui la CNDP rigetta il ricorso volto a ottenere l'interruzione e il rinvio del dibattito. Il commissario del governo, costituitosi in giudizio, qualifica le scelte organizzative della CNDP come "preparatorie": sostanzialmente, come irrinunciabili atti endoprocedimentali, necessari all'adozione del provvedimento finale e non giudicabili disgiuntamente da esso ("*les décisions relatives à l'organisation du débat sont des décisions préparatoires au sens de la jurisprudence la plus classique sur les actes des opérations complexes*"). Logicamente, la dottrina ne ricava che - in astratto - queste decisioni potranno essere impugnate assieme all'atto con cui il *maître d'ouvrage* si pronuncia in ordine alla prosecuzione dell'opera ("*l'avantage d'une telle conclusion consiste, à défaut de pouvoir les attaquer directement, en la possibilité de soulever l'illégalité des décisions préparatoires à l'appui d'un recours dirigé contre la décision ultérieure*"); sennonché, pesa il disposto dell'art. L121-14 *code de l'environnement*, che impedisce di contestare le irregolarità procedurali sorte nel dibattito, per cui il sindacato giurisdizionale sarebbe, comunque, ulteriormente limitato ("*La jurisprudence du Conseil d'État, conjuguée avec les dispositions restrictives de la loi, limite les possibilités de contrôle des mesures d'organisation du débat public*". DELAUNAY, *Les limites aux recours contre les décisions de la CNDP*, ne *L'annuaire juridique-Droit administratif*, Parigi, 2005, p. 2103).

⁵³⁷) Art. L121-11 comma 3, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2002-276.

⁵³⁸) Art. L121-14 *code de l'environnement*, come *supra* modificato.

⁵³⁹) Art. 2, comma 1, legge n. 1995-101.

⁵⁴⁰) Art. 2, comma 10, legge n. 1995-101.

⁵⁴¹) Art. L121-1, comma 2, *code de l'environnement*, come *supra* modificato.

redazione del resoconto finale devono entro termini certi⁵⁴²; l'inchiesta pubblica non può avere luogo, se non dopo che il dibattito si è concluso o - qualora non si sia tenuto - dopo che sono scaduti i termini per la sua indizione⁵⁴³. La CNDP può essere adita per tutti i progetti che rispondono ai criteri determinati con decreto dal Consiglio di Stato⁵⁴⁴. Il decreto fissa una soglia di rilevanza, in base al valore economico del progetto⁵⁴⁵: se è superiore alla soglia, i suoi obiettivi e le sue caratteristiche devono essere illustrati in un fascicolo, che la stazione appaltante deve sempre trasmettere alla CNDP⁵⁴⁶. Diversamente, se il valore economico del progetto è inferiore alla soglia, ma le sue caratteristiche rientrano fra quelle elencate dal decreto, allora il progetto deve - comunque - essere reso pubblico dalla stazione appaltante, in modo che

⁵⁴²) La CNDP deve indire il dibattito entro due mesi dal momento in cui è stata adita; il silenzio prolungato oltre questo termine è equiparato al rifiuto (parte II dell'art. L121-9, commi 1 e 3). La durata del dibattito non può superare quattro mesi, prolungabili a due per decisione motivata della CNDP; la redazione del suo resoconto finale deve essere ultimata entro due mesi dalla chiusura del dibattito (art. L121-11, commi 1 e 3, *code de l'environnement*, come *supra* modificato).

⁵⁴³) A partire da questi termini dilatori, l'inchiesta pubblica deve iniziare entro cinque anni, trascorsi invano i quali non può più svolgersi alcuna consultazione se non in caso di sostanziali modifiche delle circostanze fattuali o giuridiche che giustificano il progetto (art. L121-12 *code de l'environnement*, come *supra* modificato).

⁵⁴⁴) Art. L121-8, comma 1, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2002-276, che rinvia *Décret* 22 ottobre 2002, n. 1275. Le sue disposizioni a proposito dei criteri utilizzati per individuare i progetti oggetto di dibattito sono ora riportate all'art. R121-1/R121-16 *code de l'environnement*.

⁵⁴⁵) Ma il conteggio riguarda il solo valore economico delle costruzioni e delle infrastrutture che costituiscono l'opera: ad esempio, è da escludere il valore delle strumentazioni funzionali allo smaltimento dei rifiuti. (*Conseil d'État*, sentenza n. 277128/2005. Si ribadisce che, sulla base di questi criteri, è stata negata l'indizione di un dibattito pubblico in merito alla realizzazione di un inceneritore).

⁵⁴⁶) Parte I dell'art. L121-8 *code de l'environnement*, come *supra* modificato.

Si badi che, secondo la giurisprudenza, la CNDP non può organizzare il dibattito d'ufficio, senza che alcun soggetto ne solleciti l'intervento: così, un decreto che dichiara la pubblica utilità di un'opera non può essere annullato invocando il mancato svolgimento del dibattito, atteso che nessuno ne ha richiesto l'indizione; "*en l'absence de toute saisine adressée par l'une des personnes énumérées par l'article L. 121-2, la Commission nationale du débat public n'est pas tenue d'organiser un débat public; (...) il ressort des pièces du dossier que la commission n'a pas été saisie d'une demande relative au projet déclaré d'utilité publique; (...) dès lors, le moyen tiré de ce que le décret attaqué aurait dû être précédé d'un débat public ne peut être accueilli*". (*Conseil d'État*, sottosezioni II e I, sentenza 13 dicembre 2002, n. 229348, *ASEP de Saint-Léger-en-Bray*. La decisione riguarda un atto adottato in epoca anteriore alla legge n. 2002-276, quando la normativa non contemplava ancora alcuna ipotesi di indizione automatica del dibattito pubblico. Tuttavia, una decisione successiva alla novella legislativa confermerà che la CNDP "*ne dispose, en vertu de la loi (...), d'aucun pouvoir d'auto-saisine*": sottosezioni VI e I riunite, sentenza n. 277128/2005).

i soggetti indicati dalla legge possano - entro due mesi - prenderne visione e adire la CNDP⁵⁴⁷. L'indizione del dibattito pubblico è rimessa al motivato giudizio della CNDP, secondo l'interesse nazionale del progetto e il suo effettivo impatto⁵⁴⁸: qualora ritenga che non sia necessario dar luogo al dibattito, può raccomandare alla stazione appaltante di organizzare una procedura di concertazione (*concertation recommandée*)⁵⁴⁹; viceversa, se il suo parere è positivo, la CNDP affida l'organizzazione del dibattito a una commissione particolare (CPDP), ovvero direttamente alla stazione appaltante⁵⁵⁰.

Dopo la pubblicazione del resoconto finale, la stazione appaltante ha un termine di tre mesi per pubblicare e per trasmettere alla CNDP un atto in cui dà conto delle sue decisioni in ordine alla prosecuzione del progetto; deve indicare le principali modifiche che “*se del caso*” sono apportate al progetto⁵⁵¹, e, in virtù della legge *Grenelle 2*, anche le misure che giudica necessarie per rispondere alle risultanze del dibattito⁵⁵².

Peraltro, la novella legislativa del 2002 impone che l'autorità procedente motivi la dichiarazione (*déclaration de projet*) con cui si pronuncia in ordine all'interesse generale dell'opera che è stata oggetto di un'inchiesta pubblica: in altri termini,

⁵⁴⁷) Parte II dell'art. L121-9 *code de l'environnement*, come sopra modificato.

⁵⁴⁸) Art. L121-9 *code de l'environnement*, come *supra* modificato.

La decisione della CNDP non costituisce una misura preparatoria della decisione che l'autorità competente assume per realizzare un progetto, bensì un atto che può essere autonomamente oggetto di un ricorso giurisdizionale. “*La décision attaquée de la Commission nationale du débat public n'a pas le caractère de mesure préparatoire des décisions prises par les autorités administratives compétentes pour la réalisation des projets et constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir*”. (Conseil d'État, sottosezioni X e IX riunite, sentenza 17 maggio 2002, n. 236202, *Association France Nature Environnement*. Così, il giudice ha annullato la decisione con cui la CNDP aveva rigettato - per motivi procedurali - la domanda di indire un dibattito pubblico, relativamente alla costruzione di una nuova infrastruttura per collegare Bordeaux e Tolosa).

⁵⁴⁹) Parte I dell'art. L121-9, comma 3, *code de l'environnement*, come *supra* modificato. In questo caso, la CNDP può nominare un garante, che deve vigilare affinché il pubblico possa effettivamente apportare i suoi contributi (parte I art. L121-9, comma 3, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2010-788).

⁵⁵⁰) Parte I dell'art. L121-9, comma 2, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2002-276.

⁵⁵¹) Art. L121-13, comma 1, *code de l'environnement*, come *supra* modificato. Il *maître d'ouvrage* “*précise, le cas échéant, les principales modifications apportées au projet soumis au débat public*”.

Quando la stazione appaltante è una collettività locale, questo atto deve essere oggetto di una deliberazione.

⁵⁵²) Art. L121-13, comma 1, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2010-788.

l'amministrazione deve giustificare l'utilità dell'infrastruttura, e deve indicare le eventuali modifiche che sono state apportate al progetto in virtù dell'inchiesta pubblica, benché questo obbligo sia limitato alle modifiche che “*non alterano l'economia generale*” del progetto⁵⁵³. A sua volta, la legge Grenelle 2 prevede che la *déclaration de projet* prenda in considerazione anche le risultanze della consultazione pubblica, e non solo dell'inchiesta; inoltre, se si è svolto il dibattito, il fascicolo dell'inchiesta pubblica deve riportarne il resoconto⁵⁵⁴.

2.3 - Efficacia del dibattito pubblico e dell'inchiesta pubblica.

Se si considera la funzione democratica della partecipazione, il dibattito pubblico risulta senz'altro più soddisfacente rispetto all'inchiesta pubblica⁵⁵⁵. Nonostante il Comitato per l'esame e il rispetto della Convenzione di Aarhus si sia pronunciato positivamente sull'inchiesta - seppure con le osservazioni critiche sopra riportate - la dottrina ne ha ripetutamente evidenziato le limitate potenzialità, giacché questa non permette ai cittadini di intervenire a monte del procedimento⁵⁵⁶ e, dunque, non può che limitare il loro potere di influenza

⁵⁵³) Art. L126-1, commi 1 e 2, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2002-276.

Se la dichiarazione non è resa entro un anno dalla chiusura dell'inchiesta, è necessario procedere a un'inchiesta ulteriore (comma 3); senza la dichiarazione, non può essere deliberata alcuna autorizzazione al progetto (comma 4).

⁵⁵⁴) Art. L126-1, commi 1 e 2, *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2010-788.

⁵⁵⁵) Non casualmente, la dottrina nota che il dibattito pubblico è istituito (anche) per far fronte alle insoddisfazioni generate dall'inchiesta pubblica (“*le débat public est donc en partie né de la volonté de remédier aux insuffisances de l'enquête publique*”), anche considerando che le associazioni ambientaliste ne hanno messo in dubbio la valenza democratica (“*un simulacre de démocratie*”) e l'imparzialità dei commissari d'inchiesta, “*peu enclins à rendre un avis défavorable au projet*” (BLATRIX, *Genèse et consolidation*, op. cit., pp. 45-46).

⁵⁵⁶) “*Le système actuel présente l'inconvénient majeur de ne permettre la participation du public qu'en fin de procédure, à un moment où le pétitionnaire considère son projet comme définitif*”, per quanto, comunque, “*l'administration peut lui imposer des modifications à la suite de l'enquête publique*” (PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Parigi, 2004, p. 81). “*La procédure du débat public permet une participation très en amont du processus décisionnel (...) La procédure de l'enquête publique satisfait, en partie, aux principes posés, mais elle n'intervient que tardivement dans le processus décisionnel, à un stade où le projet a déjà été arrêté dans ses lignes essentielles*” (DELAUNAY, *La convention d'Aarhus n'implique pas obligatoirement l'organisation d'un débat public*, in *L'actualité juridique - Droit administratif*, Parigi, 2005, p. 1791). “*L'enquête publique intervient souvent assez tard dans le processus d'aménagement, à un moment où il est difficile de remettre fondamentalement en cause les choix initiaux*” (JACQUOT-PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Parigi, 2008, p. 107).

sulla decisione finale⁵⁵⁷. Queste considerazioni sono anteriori alla riforma del 2010: tuttavia, l'inchiesta continua a svolgersi successivamente al dibattito, sicché è tuttora il dibattito - e non l'inchiesta - la sede che assicura piena partecipazione ai cittadini fin dall'avvio del procedimento. Del resto, il rapporto conclusivo dell'inchiesta pubblica può condurre alla sospensione dell'opera, quando contiene un giudizio negativo sulla sua realizzazione⁵⁵⁸, ma

⁵⁵⁷) “*Cette enquête ne sert bien souvent qu'à légitimer artificiellement un choix déjà réalisé*” (LASCOUMES, in JOLY-SIBUET - LASCOUMES - GUCHAN - LÉOST, *Conflits d'environnement et intérêts protégés par les associations de défense: Aquitaine, Alsace, Bretagne, Rhône-Alpes*, Parigi, Ministère de l'environnement, 1988, p. 148).

Nella già citata decisione del 3 luglio 2009 - dunque, sempre con riferimento al procedimento di autorizzazione necessario per realizzare alcune infrastrutture - il Comitato per l'esame e il rispetto della Convenzione di Aarhus ha evidenziato che, “*selon la Partie concernée, une cinquantaine de demandes portées devant les préfets sont refusées en France chaque année*”. Tuttavia, a monte della decisione, l'associazione *Les amis de la terre - France* ha presentato una memoria scritta, datata 1 luglio 2009, dalla quale risulta - sulla base di dati diffusi dallo stesso Ministero dell'ambiente - che, fino a quel momento, i prefetti avevano rilasciato, mediamente, 6.000 autorizzazioni all'anno, relativamente ad altrettante infrastrutture. La memoria può essere consultata all'indirizzo web http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C200822/FrAmisdeLaTerreC22Remarks_2009.07.02.pdf, consultato in data 7 dicembre 2015. Pertanto, fino al 2009, l'inchiesta pubblica ha impedito la realizzazione dell'opera in meno di un caso su dieci: questo, quantomeno, nella migliore delle ipotesi, se si considera che il rifiuto dell'autorizzazione non consegue necessariamente all'inchiesta; come sottolinea la memoria di *Les amis de la Terre - France*, “*no evidence is provided that the refusés are due to the participation process, to the fact the results of the public participation were taken into account*”. A questo proposito, la memoria cita JEGOZO (*Principes et idéologie*, op. cit., p. 583) ove ravvisa “*une autre contradiction évidente entre l'état actuel du droit et l'esprit des procédures de participation. Pour le public, il serait logique que la personne responsable puisse tirer les conséquences du processus de participation en modifiant le projet dans le sens souhaité par la population. Or, on le sait, ce n'est pas le cas*”. Tuttavia, questi dati non consentono di verificare con esattezza l'incidenza dell'inchiesta pubblica: infatti, non danno conto delle fattispecie in cui l'inchiesta, pur non impedendo il rilascio dell'autorizzazione, ne influenza almeno parzialmente il contenuto.

⁵⁵⁸) Nondimeno, l'art. L.123-1 *code de l'environnement* obbliga a tenere in considerazione non il rapporto conclusivo redatto dal commissario d'inchiesta, bensì - semplicemente - le istanze del pubblico, le quali, nella prassi, non sono agevolmente riassumibili in una coerente e concreta proposta alternativa. “*Compte tenu de l'hétérogénéité possible des résultats d'une enquête publique, on voit mal comment il pourrait résulter de l'obligation de 'prise en considération' le respect d'un acte, cet acte n'étant pas uniforme, n'indiquant pas de direction claire. En effet, le nouvel article L. 123-1 impose la prise en considération, non de l'avis du commissaire-enquêteur, ce qui aurait pu être plus simple à mettre en œuvre, mais bien des 'observations et propositions recueillies au cours de l'enquête' (...) la notion de prise en considération se révèle particulièrement redoutable à mettre en œuvre*” (BÉTAILLE, *La contribution du droit aux effets de la participation du public: de la prise en considération des résultats de la participation*, intervento alle I^e Journées Doctorales sur la participation du public et la démocratie participative, organizzate dal Gruppo d'interesse scientifico *Participation du public, décision, démocratie participative*, Lione, 27-28 novembre 2009, p. 14).

non sostituisce la decisione finale⁵⁵⁹; inoltre, secondo la giurisprudenza, il rapporto è insindacabile dal giudice⁵⁶⁰.

Per valutare l'effettiva incidenza del dibattito pubblico, la CNDP ha preso in esame i progetti che, nei primi dieci anni dalla riforma del 2002, sono stati oggetto di una decisione da parte della stazione appaltante, in seguito allo svolgimento di un dibattito⁵⁶¹.

Le 146 domande avanzate alla CNDP sono state respinte in poco più di un caso su quattro: tuttavia, il giudizio positivo della CNDP non ha sempre dato luogo a un dibattito pubblico, giacché è stato frequente - più di un caso su quattro - il ricorso alla *consultation recommandée*; inoltre, in quasi un caso su dieci, il dibattito è stato affidato direttamente al *maître d'ouvrage*⁵⁶². Secondo la CNDP, in talune situazioni concrete, la gestione diretta del dibattito da parte della stazione appaltante costituisce la soluzione più adatta: l'effettiva partecipazione del pubblico non risulta menomata⁵⁶³. Tuttavia, in un documento successivo, la stessa CNDP ha invocato maggiore indipendenza dalla stazione appaltante, la quale, a norma di legge, sostiene le spese necessarie a organizzare il dibattito⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹) “Rappelons que cet avis reste purement consultatif et ne remplace en rien la décision administrative” (BÉTAILLE, *op. ult. cit.*, p. 17).

⁵⁶⁰) “Le rapport et les conclusions du commissaire enquêteur, favorables ou défavorables, formulés dans le cadre d'une procédure consultative ne constituent pas, alors même qu'ils doivent être motivés et rendus publics, une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir”. (Conseil d'État, sottosezione X, sentenza 20 dicembre 1995, n. 129881, Renard).

⁵⁶¹) V. CNDP 2002-2012 - *La pratique du débat public: évolutions et moyens de la Commission Nationale*, Parigi, 2012. *Ibid.* (pp. 27-30) è riportata la giurisprudenza più significativa sull'argomento.

⁵⁶²) “De 2002 à 2012, lorsqu'elle a été saisie, la Commission nationale a décidé une participation du public dans 76% des cas sous forme de débat public (49%) ou de concertation recommandée (27%). Une saisine sur deux conduit donc à l'organisation d'un débat public par la CNDP dans 92% des cas ou par le maître d'ouvrage dans 8% des cas. Dans 18% des cas, elle n'a pas donné suite à la saisine, l'a déclarée irrecevable dans 5% des cas ou insuffisamment explicite pour se prononcer dans 1% des cas”. (CNDP 2002-2012, *op. cit.*, p. 68; per la quantificazione delle richieste giunte alla CNDP, v. p. 49).

Nel 2014, la “consultazione raccomandata” è stata indetta soltanto in un caso su sei: a fronte di 12 richieste, di cui 10 accolte, 2 hanno dato seguito a una *consultation recommandée* e 8 a un dibattito pubblico (CNDP, *Rapport d'activité* 2014, p. 50).

⁵⁶³) CNDP 2002-2012, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁶⁴) *Commission nationale du débat public, rapport d'activité* 2014, p. 32. V. parte III dell'art. L121-9 *code de l'environnement*, modificato dalla legge n. 2002-276. Anche i costi

I progetti che sono stati mantenuti tali e quali - come se il dibattito pubblico non si fosse mai svolto - sono minoritari: meno di uno su sei; tuttavia, sono il doppio dei progetti che, a seguito del dibattito, sono stati sospesi o abbandonati⁵⁶⁵. Nelle altre fattispecie, il progetto è stato oggetto di modifiche: al contempo, non sempre le modifiche sono conseguite alla discussione, e non sempre le risultanze della discussione - se pur accolte dalla stazione appaltante - hanno condotto ad apportare modifiche al progetto⁵⁶⁶. La Commissione ha notato che, benché la discussione non conduca necessariamente all'apporto di sensibili variazioni al progetto, l'autorità procedente si è curata sempre più frequentemente di motivare la propria decisione con riferimento agli elementi sollevati dai cittadini, anche prima che la riforma del 2010 introducesse un obbligo in tal senso⁵⁶⁷.

La CNDP ritiene che - nel complesso - la stazione appaltante assicuri in misura sufficiente la corretta informazione e la partecipazione dei cittadini, anche dopo che il dibattito è terminato⁵⁶⁸. Al contempo, la stessa Commissione

dell'inchiesta gravano sul *maître d'ouvrage* (art. L123-18 *code de l'environnement*, come *supra* modificato), benché, nell'iniziale formulazione, i commissari d'inchiesta fossero indennizzati dallo Stato (art. 8 legge n. 1983-630).

⁵⁶⁵) Le stazioni appaltanti hanno assunto una decisione su 60 progetti: 11 sono stati proseguiti senza modifiche; 5 sono stati sospesi o abbandonati (CNDP, *op. ult. cit.*, p. 112).

⁵⁶⁶) “*Sur ces 61 décisions des maîtres d'ouvrage (...) 25 choisissent une option apparue au cours du débat ou soumise au débat; 30 modifient ou complètent le projet*” (CNDP, *op. e loc. ult. cit.*). Le tabelle pubblicate dalla CNDP (*op. ult. cit.*, pp. 114-117) evidenziano che in 19 casi i progetti hanno subito modifiche, in 14 casi è stata scelta “*une option apparue en cours du débat*”, in 11 casi si sono verificate entrambe le circostanze.

AVERARDI (*Amministrazione, op. cit.*, pp. 1201-1205) riporta l'interessante caso dell'autostrada A12 e del suo prolungamento nel dipartimento delle Yvelines: “*otto anni dopo la chiusura del dibattito pubblico, dell'infrastruttura non è stata ancora iniziata la costruzione*”; ciò dimostra come “*anche una procedura di consultazione del pubblico conclusa con successo, in un contesto di bassa ostilità della popolazione potenzialmente toccata dall'infrastruttura e di larga accettazione sociale dell'opera possa essere vanificata dalla conflittualità istituzionale tra i diversi decisori pubblici*”.

⁵⁶⁷) “*Même si la loi ne le dit pas expressément (...) les décisions des maîtres d'ouvrage sont devenues de plus en plus détaillées et rappellent de façon de plus en plus précise les raisons qui les ont conduits à opter pour telle ou telle solution. On constate désormais dans ces décisions la prise en compte de tous les problèmes soulevés à l'intérieur de la problématique que le débat a lui-même dessinée. On pourrait même parler de décision du maître d'ouvrage en fonction des 'conséquences' qu'il tire du débat (...)* L'évolution consacrée entre 2002 et 2010 a été consacrée dans la loi Grenelle II” (CNDP, *op. ult. cit.*, p. 113).

⁵⁶⁸) “*Le petit nombre de débats dont le projet est concrètement réalisé ne permet pas de se faire une opinion définitive sur l'importance et la qualité de la concertation postérieure au débat public jusqu'à l'enquête publique. Néanmoins, un examen attentif des projets mis en service après débat public montre que la poursuite du dialogue entre le public et le maître d'ouvrage après le débat a permis une réalisation*

afferma di non essere stata in condizione di esercitare il ruolo di controllo che la legge le attribuisce in questa fase, se non in un caso su due⁵⁶⁹.

In definitiva, se si accolgono le conclusioni cui è pervenuta la CNDP, si può sostenere che il dibattito pubblico consente ai cittadini di esercitare una tendenziale influenza sul contenuto dei progetti dibattuti.

Per contro, il giudizio espresso da parte della dottrina è negativo⁵⁷⁰. Peraltro, il dibattito pubblico limita strutturalmente la partecipazione, dal momento che esclude ogni forma di codecisione⁵⁷¹.

Inoltre, sono ancora insufficienti gli strumenti giuridici che dovrebbero assicurare il raggiungimento di questo obiettivo. Poiché, come si è visto, la normativa e la giurisprudenza attribuiscono alla CNDP piena discrezionalità - e insindacabilità - al momento di stabilire le modalità del dibattito, le garanzie procedurali risultano attenuate⁵⁷². Questa circostanza è l'effetto di una

du projet dans des conditions globalement satisfaisantes. La formalisation récente des modalités de la concertation postérieures au débat ne peut que renforcer cette évolution". (CNDP, *op. ult. cit.*, p. 119).

⁵⁶⁹) "Il faut observer que dans un peu moins de la moitié des débats, la CNDP n'a pas été mise en condition d'exercer ce rôle". (CNDP, *op. e loc. ult. cit.*). Cfr. art. L123-13-1 code de l'environnement, introdotto dalla legge n. 2010-788: la stazione appaltante deve informare la CNDP in ordine alle misure che adotta per consentire l'informazione e la partecipazione del pubblico, nella fase intercorrente fra il dibattito e l'inchiesta.

⁵⁷⁰) Il giudizio di TUOT è decisamente negativo: "Il s'agit d'une pure mise en scène, au terme de laquelle, une fois sur mille, l'opposition aura été telle qu'on sera contraint de renoncer, tandis que dans tous les autres cas, le projet déjà achevé et bouclé au moment de la consultation sera bien entendu conduit, assorti des quelques habillages prévus d'emblée pour préserver trois arbres, deux crapauds, et un président de l'association écologique". Non è sufficiente che il responsabile del progetto sia assoggettato a una serie di oneri procedurali, giacché questi - tendenzialmente - si risolvono nella redazione di atti puramente formali, senza alcun impegno nel tenere conto delle istanze avanzate dai cittadini: "Telles qu'aujourd'hui conduites, les procédures consultatives (...) sont vécues par les porteurs de projets comme un simple faisceau de contraintes formelles dénuées de contenu : il faut passer par la rédaction de document divers et variés, totalement dénués d'utilité, en espérant qu'ils seront reconnus comme suffisants". (*La gouvernance environnementale après la loi Grenelle 2*, in *Environnement et développement durable*, Parigi, 2011, n. 3).

⁵⁷¹) "L'institution ne décide pas, elle prépare à la décision. Cette participation à la préparation n'est pas une participation à la prise de décision" (ROMI, *Le débat public dans le droit positif*, in *Le débat public : une expérience française*, *op. cit.*, p. 57).

⁵⁷²) "Ainsi, ni le législateur, ni le juge ne sont intervenus sur les modalités d'organisation du débat public. Respectueux du caractère de tiers indépendant de la CNDP, le juge se prive ainsi de contrôler la manière dont le débat est mené. Or, notamment depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, la participation du public est reconnue en tant que droit subjectif, lequel peut être mis en œuvre à travers la procédure du débat public. Ainsi, les modalités d'organisation du débat peuvent potentiellement limiter le droit de chacun à la participation" (BÉTAILLE, *Le droit*, *op. cit.*, p. 15).

generale tendenza a evitare che le procedure partecipative, rigidamente disciplinate all'interno del procedimento amministrativo, proseguano - con altri mezzi - davanti al giudice, a detrimento del buon andamento nell'azione dell'autorità pubblica⁵⁷³; autorevole dottrina italiana vi scorge l'attenzione a preservare l'attività amministrativa dalle ingerenze del potere giudiziario, in linea con la tradizione giuridica francese, storicamente attenta a rispettare la separazione dei poteri⁵⁷⁴. Non si può sottovalutare il rischio di sminuire le potenzialità del dibattito e alimentare la sfiducia dei cittadini⁵⁷⁵.

D'altro canto, non sono del tutto fugati i dubbi in ordine all'effettiva condizione di uguaglianza delle parti coinvolte nel dibattito, tanto più che il dibattito si svolge sulla base del fascicolo redatto dalla stazione appaltante, e che nessuna disposizione impone alle Commissioni di acquisire in proprio i dati necessari ad avere piena consapevolezza in ordine alle caratteristiche dell'opera⁵⁷⁶.

Il dibattito pubblico presenta anche punti deboli di ordine pratico, oltre che giuridico. In concreto, le associazioni - e, più in generale, i portatori di un

⁵⁷³) *“Cette disposition participe de la tendance contemporaine du législateur à limiter les possibilités de recours contentieux que génèrent l'extension et le perfectionnement des procédures participatives. Face au contentieux déjà florissant en matière d'urbanisme et d'expropriation, et à ses inconvénients quant à la sécurité juridique et la viabilité administrative des projets, les juges et une partie de la doctrine se sont inquiétés du maintien de l'ouverture des recours contentieux, parallèlement au développement de procédures lourdes et complexes”* (DELAUNAY, *Les limites*, op. cit., p. 2104).

⁵⁷⁴) *“Queste scelte corrispondono a un tratto originario del diritto francese (...) La tradizione costituzionale francese, risalente alla rivoluzione, è dominata dalla prevalenza dell'esecutivo e dal timore che i giudici possano troubler lo svolgimento dell'attività amministrativa”. Si comprende, quindi, che la partecipazione sia configurata in funzione della sola amministrazione”* (CASSESE, *La partecipazione dei privati*, op. cit., p. 21).

⁵⁷⁵) *“Si on comprend la motivation des limites apportées aux possibilités d'invoquer les irrégularités de ces procédures participatives, le risque est de restreindre leur effectivité et de nuire à leur crédibilité, alors qu'elles sont déjà soupçonnées d'être davantage des instruments de légitimation des décisions publiques que des véritables instruments de démocratie participative (...) La procédure du débat public (...) apparaît comme une procédure particulièrement intéressante. Il importe donc de lui donner tous les gages de respectabilité”* (DELAUNAY, op. e loc. ult. cit.).

⁵⁷⁶) *“Les textes actuels ne prennent pas en compte l'asymétrie initiale des positions existantes entre le maître d'ouvrage et ses opposants que ne disposent pas de ses moyens”*. In ogni caso, i cittadini - se intendono opporsi alla realizzazione dell'opera - non sono destinati a soccombere, se sono in grado di difendere efficacemente le proprie istanze: pur tenendo conto che *“les textes n'imposent pas d'obligation pour la CPDP en charge du débat de disposer dès le départ d'une expertise indépendante de celle du maître d'ouvrage”*, diventa decisiva *“la capacité des opposants à produire une contre-expertise crédible”*. (CHARBONNEAU, *De l'ambivalence du débat public*, in *La participation du public*, a cura di HOSTIOU-STRUILLLOU, op. cit., p. 245).

interesse privato o di un interesse diffuso - tendono a egemonizzare la discussione, quasi azzerando il potere d'intervento dei singoli cittadini animati dal puro civismo⁵⁷⁷: ad ogni modo, seppure minoritaria, non è del tutto assente la partecipazione delle persone non direttamente coinvolte dal progetto di cui si discute; pertanto, l'intento inclusivo del legislatore non è vanificato⁵⁷⁸.

Alle somme, il *débat public* infrastrutturale, nel suo complesso, presenta alcune vistose lacune, tali da richiedere alcuni correttivi. Del resto, tutte le procedure partecipative sono destinate a essere continuamente messe in discussione, proprio perché sono fondate sulla discussione⁵⁷⁹.

Senonché, restano fermi due elementi decisivi. La legge francese consente la partecipazione popolare all'elaborazione di tutti gli atti amministrativi generali riguardanti un determinato oggetto - nella fattispecie, le grandi opere infrastrutturali - e ne detta una compiuta disciplina. In questo contesto, l'autorità procedente non è del tutto indifferente alle istanze dei cittadini, a giudicare dai casi in cui la stazione appaltante ha - almeno - accolto alcune delle proposte avanzate nel corso del dibattito.

⁵⁷⁷) “Une écrasante majorité de citoyens ne participe pas à ces enquêtes, hormis quelques professionnels associatifs, parmi lesquels se mélangent bénévoles de bonne foi peu à peu écourés par l'inutilité de leur implication, et professionnels autoproclamés aux buts plus obscurs” (TUOT, *La gouvernance environnementale*, op. cit.).

“Les débats n'attirent pas un large public. Les retraités, les élus, les représentants des associations opposées aux projets y sont toujours présents. La parole et le dialogue ne sont pas toujours là” (DELAUNAY, *Le débat public*, in *La participation du public*, op. ult. cit., p. 203).

⁵⁷⁸) “Les participants au débat interviennent en tout premier lieu pour défendre leurs intérêts privés. Sans doute, convient-il de ne pas systématiser: la défense de leurs intérêts propres n'est pas la seule motivation des participants; et l'organisation d'un débat public contribue sans nul doute à élargir le cadre du débat. Il reste que (...) la présence dans le débat suppose au moins, on l'a dit, l'existence d'un 'intérêt'; et celui-ci n'est que rarement de nature purement 'civique” (CHEVALLIER, *Le débat public en question*, op. cit., p. 503).

⁵⁷⁹) “La démocratie participative se déploie en effet sous une logique auto-transformative: elle propose les arènes à partir de lesquelles elle se met certes en scène, mais s'offre aussi elle-même à la critique et à la mise en débat, et est ainsi perpétuellement construite et reconstruite” (BLATRIX, *Genèse et consolidation*, op. cit., p. 56).

2.4 - Dalle infrastrutture all'intera attività amministrativa.

In alcuni casi, l'amministrazione francese ha indetto un dibattito pubblico anche al di fuori della disciplina di legge, consultando i cittadini nell'elaborazione di scelte relative a settori diversi dall'ambiente⁵⁸⁰.

Inoltre, di recente, il legislatore ha dettato alcune disposizioni per disciplinare i casi in cui l'amministrazione procede a una consultazione popolare, fuori dai casi previsti dalle norme previgenti, al fine di “associare il pubblico all'elaborazione di una riforma, di un progetto o di un atto”⁵⁸¹. In particolare, l'amministrazione - nei casi in cui deve adottare un regolamento, ed è obbligata dalla legge ad acquisire il parere di una commissione consultiva⁵⁸² - può pubblicare lo schema dell'atto che intende emanare⁵⁸³ e indire una consultazione aperta *on line*, raccogliendo le osservazioni delle persone interessate⁵⁸⁴ - per un periodo non inferiore a quindici giorni⁵⁸⁵ - in un documento di sintesi che deve essere reso pubblico⁵⁸⁶.

⁵⁸⁰) CHEVALLIER (*op. ult. cit.*, p. 493) riporta i dibattiti che hanno preceduto la legge 4 luglio 2002 sui diritti dei malati, la legge 12 giugno 2003 sulla sicurezza stradale, la legge 23 aprile 2005 sulla scuola, la legge 18 aprile 2006 sulla ricerca scientifica, la legge 28 giugno 2006 sulla gestione delle scorie nucleari; inoltre, il Governo ha concertato con esperti e parti sociali la riforma delle pensioni (2002) e dell'assistenza sanitaria (2004). L'Autore ne deduce che “*le débat public est ainsi devenu un exercice récurrent, sinon une figure imposée, pour la préparation des grandes réformes*”. Nondimeno, a dispetto dell'elevato numero di cittadini coinvolti - 200.000 per gli “stati generali” della sanità, più di un milione per il dibattito sulla scuola - l'Autore sottolinea (p. 503) che “*il s'agit pour l'essentiel des professionnels du secteur concerné et des usagers ou utilisateurs du service en cause*”; insomma, solo gli interessati intervengono nella discussione, per quanto il dibattito abbia il merito di consentire la partecipazione degli individui e non solo delle associazioni di categoria.

D'altra parte, come si chiede JEGOUZO, “*qu'est-ce qui justifierait qu'existe en droit de l'environnement un principe général de participation du public qui serait absent dans d'autres domaines?*” (*Principe et idéologie, op. cit.*, p. 578).

⁵⁸¹) Art. L131-1 *code des relations entre le public et l'administration*. In questi casi, l'amministrazione “*rend publiques les modalités de cette procédure, met à disposition des personnes concernées les informations utiles, leur assure un délai raisonnable pour y participer et veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics*”.

⁵⁸²) Il campo di applicazione di queste disposizioni include le commissioni elencate dall'art. R133-1 *code des relations entre le public et l'administration*. Sono escluse le AAI e le commissioni consultive istituite dalle disposizioni in tema di ordinamento giudiziario, pubblico impiego, difesa.

⁵⁸³) Art. R132-5, comma 2, *code des relations entre le public et l'administration*.

⁵⁸⁴) Art. L132-1, comma 1, *code des relations entre le public et l'administration*. La consultazione del pubblico sostituisce il parere della commissione consultiva, la quale, comunque, può far pervenire le sue osservazioni al pari degli altri partecipanti (comma 2).

A sua volta, l'inchiesta pubblica è oggetto di una nuova disciplina - quasi tutta di natura regolamentare - destinata ad applicarsi a tutte le decisioni amministrative estranee ai procedimenti regolati dal *code de l'environnement* e dal *code de l'expropriation*⁵⁸⁷; i cittadini possono presentare osservazioni, con ogni mezzo, al responsabile d'inchiesta⁵⁸⁸, che deve esaminare quanto ha ricevuto dai cittadini e formulare le proprie conclusioni motivate⁵⁸⁹.

Si è già osservato che l'inchiesta pubblica è uno strumento partecipativo inadeguato, se confrontato con il dibattito pubblico. Inoltre, il legislatore introduce nei procedimenti amministrativi generali una fase di consultazione aperta, ma non impone che la decisione finale tenga conto delle istanze avanzate dai cittadini.

Ciononostante, si può rinvenire una tendenza nell'ordinamento francese: a partire da una compiuta - e, quantomeno, non del tutto inefficace - disciplina settoriale in tema di partecipazione alle scelte collettive, si è giunti a implementare la consultazione pubblica nell'intero complesso dell'attività amministrativa, mediante l'adozione di misure per il momento blande, ma che nell'avvenire possono essere modificate, rafforzando - seppur gradualmente - il ruolo dei cittadini nella formazione delle scelte collettive.

Resta fermo l'obbligo di consultare le AAI, quando le norme vigenti lo richiedono (comma 3).

⁵⁸⁵) Art. L132-3 *code des relations entre le public et l'administration*. Le modalità della consultazione sono stabilite con decreto del *Conseil d'État*.

⁵⁸⁶) Art. L132-2, comma 2, *code des relations entre le public et l'administration*.

⁵⁸⁷) Libro I, titolo III, capitolo IV *Code des relations entre le public et l'administration*.

Le finalità sono le medesime dell'inchiesta pubblica regolata dal *code de l'environnement*, benché - come premesso - l'inchiesta si svolga all'infuori dell'ambito di applicazione di quest'ultimo (art. L134-2): assicurare la partecipazione popolare all'elaborazione delle decisioni amministrative (art. L134-1). L'inchiesta è aperta e organizzata dal prefetto (art. R134-3) - che nomina il commissario o la commissione d'inchiesta (artt. R134-15 - 16) - e non può avere durata inferiore a dieci giorni (art. R134-10). La disciplina - pur non applicandosi ai procedimenti del codice ambientale - menziona ripetutamente il *maître d'ouvrage*, che indennizza i commissari d'inchiesta (art. R134-18); ad ogni modo, l'art. R134-23 stabilisce gli oneri procedurali necessari "quando l'inchiesta si inserisce nel quadro di un progetto di realizzazione di lavori od opere", lasciando intendere che si possa svolgere anche in procedimenti di altra natura.

⁵⁸⁸) Art. R134-24 *Code des relations entre le public et l'administration*.

⁵⁸⁹) Art. R134-26 *Code des relations entre le public et l'administration*.

3 - Alcuni casi esemplari nell'esperienza italiana.

3.1 - Osservatorio per la ferrovia Torino-Lione.

Fra i procedimenti infrastrutturali attualmente in corso, la realizzazione di una nuova ferrovia destinata a collegare Torino e Lione è stata - ed è tuttora - l'oggetto di un'ampia discussione giuridica, politica e sociale⁵⁹⁰.

L'opera in questione è stata inserita nel programma delle infrastrutture strategiche⁵⁹¹. Di fronte al dissenso manifestato da un vasto e risoluto movimento popolare contrario alla realizzazione dell'opera, fortemente radicato nelle Valli di Susa, il Governo ha istituito un Osservatorio tecnico presso il Ministero delle infrastrutture, attribuendogli il compito di “*esaminare, valutare e rispondere alle preoccupazioni espresse dalle popolazioni*”⁵⁹².

L'Osservatorio è formato da rappresentanti del Governo ed esperti designati dagli enti territoriali coinvolti; è coordinato e diretto da un Presidente di nomina governativa, che può disporre audizioni di esperti, nonché di rappresentanti degli enti locali e delle imprese interessate all'opera⁵⁹³. A questo proposito, la dottrina ha evidenziato la predominanza dei membri rappresentativi dello Stato, rispetto a quelli degli enti locali; ne consegue uno squilibrio a favore dei soggetti che sostengono la realizzazione dell'opera⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰) Questa infrastruttura è parte del c.d. Progetto prioritario 6 della rete ferroviaria trans-europea - volto a realizzare una linea AV/AC fra Lione e Budapest, prolungandosi fino alla frontiera ucraina - nel quadro delle reti di trasporto trans-europee TEN-T; si tratta di un programma di sviluppo adottato dal Parlamento e dal Consiglio europeo con la decisione 1692/1996/CE, sulla base di piani d'azione predisposti dalla Commissione fin dal 1990.

L'infrastruttura è stata oggetto di un accordo tra Italia e Francia, siglato a Torino il 29 gennaio 2001 e ratificato in virtù della legge 27 settembre 2002, n. 228. L'accordo è stato successivamente integrato dalle due parti il 30 gennaio 2012; questo successivo accordo è stato a sua volta ratificato in virtù della legge 23 aprile 2014, n. 71.

⁵⁹¹) Delibera Cipe 5 dicembre 2003, n. 113.

⁵⁹²) Art. 2 decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1 marzo 1996.

⁵⁹³) Artt. 1 e 3 decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1 marzo 1996.

⁵⁹⁴) “*Si può notare come ben presto emerge una “sproporzione” fra – semplificando – favorevoli e contrari all'opera (nuova linea nelle modalità e nel tracciato contestato), ovvero fra i rappresentanti delle istituzioni nazionali e di quelle locali. I componenti nella loro maggioranza (compreso il Presidente)*”

L'accordo del 2012 fra Italia e Francia, stipulato posteriormente all'insediamento dell'Osservatorio, contiene una rilevante modifica inerente al tracciato della linea⁵⁹⁵. Nondimeno, la scelta finale non è stata condivisa con i rappresentanti di tutti gli enti locali, stante l'abbandono dei lavori da parte di un consistente numero di sindaci⁵⁹⁶. Sulla base di questo dato, parte della dottrina è critica sull'esperienza dell'Osservatorio; ad esso è attribuita l'esclusiva finalità di legittimare socialmente, in un contesto esterno alle comunità interessate, la decisione pubblica, accreditandola di un consenso popolare - *rectius*, territoriale - che non trova sostanziale corrispondenza nella realtà, e che deriverebbe soltanto dall'esautorazione delle voci dissenzienti⁵⁹⁷.

In virtù delle considerazioni sopra formulate, a proposito della definizione di "partecipazione" e del valore democratico che essa assume, non deve stupire che la partecipazione del popolo a una decisione pubblica si risolva - al massimo - nella modifica di alcuni suoi aspetti, anziché nella sua assunzione; in

rappresentano soggetti che in più occasioni si sono espressi per la realizzazione della linea oggetto di contesa" (ALGOSTINO, *L'Osservatorio*, op. cit., p. 240).

⁵⁹⁵) Secondo l'art. 2 dell'accordo del 2001, la linea ferroviaria era costituita da tre parti: una di competenza francese (dal c.d. *Sillon alpin* a St.-Jean-de-Maurienne), una di competenza comune italo-francese (da St.-Jean-de-Maurienne a Bussoleno/Bruzolo), una di competenza italiana (da Bussoleno/ Bruzolo al c.d. nodo di Torino). Il tracciato si sarebbe situato sulla riva sinistra del fiume Dora Riparia.

In seguito all'accordo del 2012 (art. 2, lettera *a*) il punto di congiunzione tra la parte di competenza italiana e quella di competenza comune non è più Bussoleno, bensì Chiusa di San Michele; il nuovo tracciato interessa la riva destra della Dora Riparia.

⁵⁹⁶) Secondo quanto riporta l'Osservatorio, il 7 gennaio 2010 - in seguito all'elezione degli organi politici in seno alla Comunità montana Valle Susa e Val Sangone, risultante dal contestuale accorpamento delle tre Comunità montane valsusine - il nuovo Presidente della Comunità dichiarò che questa non avrebbe più partecipato ai lavori dell'Osservatorio. Ne seguì una ricognizione, volta ad accertare quali, fra i Comuni coinvolti, avrebbero rinnovato la propria adesione alla consultazione; "*da quel momento tutta l'attività progettuale prosegue con l'apporto attivo dei 33 Comuni aderenti sui 50 aventi diritto*". (Osservatorio tecnico per l'asse ferroviario Torino-Lione, *Il confronto democratico e le rappresentanze territoriali*, p. 6, disponibile all'indirizzo web http://presidenza.governo.it/osservatorio_torino_lione/PDF/confronto_democratico.pdf, consultato in data 20 novembre 2015).

⁵⁹⁷) "*L'abbandono da parte di varie istituzioni locali dell'osservatorio ne dimostra il sostanziale fallimento - al di là di ogni osservazione sui risultati tecnici raggiunti - come sede di assunzione condivisa di scelte, mentre diversamente si può ragionare se si considera come suo fine l'emarginazione del dissenso (...). È chiaro, infatti, che se l'obiettivo è il primo, ovvero anesteticizzare il dissenso - eliminarlo o quantomeno ammorbidirlo -, il confronto, la discussione, la messa in campo di procedure argomentative, consultive, ovvero latamente partecipative, sono dei semplici strumenti per "far passare" una decisione già assunta*" (ALGOSTINO, op. ult. cit., p. 242).

caso contrario, vale la pena di ribadirlo, non di “partecipazione” si tratterebbe, bensì di produzione diretta del potere. Nel caso di specie, atteso che il Governo ha mantenuto ferma la sua volontà di realizzare l’opera, i lavori dell’Osservatorio non avrebbero potuto condurre a una soluzione che impedisse al Governo di decidere in tal senso, seppure nelle Valli di Susa sia stata espressa - da più parti - un’opinione radicalmente contraria; se del caso, sarebbero potute derivare delle varianti al progetto, come in effetti è avvenuto.

Tutto ciò considerato, non deve destare allarme - in sé - la mancata condivisione della scelta finale con i portatori delle istanze più ostili alla realizzazione della linea ferroviaria Torino-Lione. L’efficacia partecipativa dell’Osservatorio deve essere valutata in base ad altri fattori.

Innanzitutto, è necessario valutare se l’Osservatorio ha effettivamente assicurato il confronto fra tutti i punti di vista⁵⁹⁸, e se i partecipanti hanno potuto esercitare una reale influenza - con le proprie proposte e osservazioni - sulla scelta finale. Inoltre, bisogna appurare se gli aspetti meno condivisi della decisione sono stati motivati⁵⁹⁹.

La dottrina ha espresso pareri contrastanti. Secondo alcuni autori, gli oppositori hanno avuto la possibilità di esprimere la propria opinione, almeno nei primi anni di attività dell’Osservatorio⁶⁰⁰. Altrove, si evidenzia che il

⁵⁹⁸) L’Osservatorio - ne *Il confronto democratico, op. e loc. ult. cit.* - fa presente che “ai 17 autoesclusi è comunque garantita la possibilità di partecipare ai lavori in ogni momento”.

⁵⁹⁹) Dal testo che sintetizza il c.d. “accordo di Pracatinat” - concluso fra il Governo e tutti gli enti locali coinvolti, il 28 giugno 2008 - risulta che le controversie sono state originate in particolar modo dalla decisione di realizzare una linea ferroviaria e un traforo alpino *ex novo*, anziché potenziare il tracciato preesistente. Una motivazione per questa scelta si rinviene nel Quaderno n. 8 pubblicato dall’Osservatorio, che contiene l’analisi dei costi e dei benefici relativi all’opera (*v. soprattutto le argomentazioni utilizzate dal Presidente pro tempore dell’Osservatorio, pp. 11-12*). Il testo dell’accordo di Pracatinat è pubblicato nel Quaderno n. 7.

⁶⁰⁰) “È la prima volta che gli argomenti degli oppositori sono stati ascoltati, invece che bollati come irrazionali o antimoderni, e che i proponenti hanno accettato un confronto ad armi pari (...)”. In Italia, fino a quel momento, si era scelto - come dimostrava la legge obiettivo - “di restringere le occasioni di dibattito, conferendo pieni poteri alle autorità centrali e sottraendo poteri ai governi locali (...) L’apertura della discussione in seno all’Osservatorio permette di fare, sia pure tardivamente, ciò che è mancato nei 15 a. passati: un confronto su ciò che è possibile realizzare per migliorare i collegamenti tra Italia e Francia, anche se il tempo trascorso e le tensioni accumulate non assicurano che la matassa possa

linguaggio tecnico dei documenti redatti dall'Osservatorio è tale da renderli incomprensibili alla popolazione, e che l'amministrazione precedente si è - per certi aspetti - sottratta al dibattito, omettendo di dimostrare la validità degli argomenti utilizzati a sostegno del progetto⁶⁰¹. In ogni caso, la partecipazione è potuta avvenire soltanto a valle del processo decisionale, giacché l'opportunità di realizzare l'opera non è mai stata oggetto di discussione⁶⁰².

Ancora più a monte, occorre identificare con esattezza i soggetti che sono intervenuti in questa fase del processo decisionale. Il decreto che istituisce l'Osservatorio menziona i soli rappresentanti degli enti interessati dall'infrastruttura - enti pubblici, ovvero enti di diritto privato ma soggetti al controllo pubblico - e gli esperti da questi designati⁶⁰³. Pertanto, l'autorità pubblica ha proceduto a consultare alcuni cittadini a puro scopo collaborativo;

essere effettivamente sbrogliata? (L. BOBBIO-DANSERO, *La TAV e la Valle di Susa*, Torino, 2008, pp. 45 e 66).

⁶⁰¹) *“La scelta di costruire la Tav non è mai stata realmente sostenuta da una chiara e certa indicazione dei benefici dell'opera, come numerosi studi, anche istituzionali - tra cui gli stessi realizzati dall'Osservatorio - hanno ampiamente dimostrato”* (AVERARDI, *op. ult. cit.*, p. 1181).

⁶⁰²) Secondo la dottrina, si tratta di un esito inevitabile, tenuto conto della natura prettamente tecnica che connota l'Osservatorio. *“L'interlocuzione con il territorio, e quanto descritto lo indica chiaramente, sembrerebbe necessitare, in effetti, di strumenti di dialogo e partecipazione maggiormente puntuali e tempestivi di quelli potenzialmente messi in campo da un osservatorio tecnico. Questo per sua natura e composizione non può far altro che mediare tra cittadini e istituzioni nella scelte sulle misure compensative da disporre e sulle possibili varianti da apportare a un progetto di un'opera che è stata comunque già approvata, non affrontando quindi, direttamente ed ex-ante, la questione sull'opportunità stessa di realizzare l'infrastruttura in questione”* (AVERARDI, *op. ult. cit.*, p. 1182).

⁶⁰³) L'allegato n. 1 al Quaderno n. 7 pubblicato dall'Osservatorio - risalente al 2008 - elenca le persone che hanno fatto parte dell'Osservatorio o che sono state ascoltate nel corso delle 130 audizioni. Nella lista, sono presenti soltanto rappresentanti di enti e organi pubblici (Commissione intergovernativa Italia-Francia, Governo, Prefettura, enti locali e Comunità montane, Rfi, Arpa Piemonte) o del soggetto che promuoveva l'opera (società Lyon Turin Ferroviaria), ovvero esperti (in materia di mobilità e trasporti, economia e finanza, ambiente, geografia, logistica, sociologia).

La Provincia di Torino (delibera della Giunta 18 marzo 2008, n. 210-20740) aveva istituito un “comitato di pilotaggio”, composto dai rappresentanti degli enti territoriali interessati e dello stesso Osservatorio, nonché delle categorie socio-economiche (associazioni di categoria, sindacati). Il Comitato si prefiggeva di rielaborare le strategie in tema di programmazione e sviluppo economico, alla luce delle decisioni intraprese in tema di infrastrutture strategiche con riguardo al territorio piemontese. Le attività del Comitato sono sintetizzate nell'allegato n. 2 al Quaderno n. 7. Qui, alcuni cittadini associati hanno effettivamente partecipato all'elaborazione di scelte connesse con il collegamento ferroviario Torino-Lione, ma si è trattato di partecipazione organica, non procedimentale.

nessuna norma consente al privato di partecipare ai lavori dell'Osservatorio a difesa dei propri interessi o della propria opinione.

All'interno dell'Osservatorio, i soli soggetti titolati a promuovere le istanze provenienti dal basso sono i rappresentanti degli enti locali. Eppure, la loro presenza non è sufficiente per assimilare questa esperienza agli altri casi in cui è garantita la partecipazione dei cittadini.

A questo proposito, si badi che la differenza non risiede solo nel modello che caratterizza l'Osservatorio, chiaramente ispirato alla partecipazione organica e non a quella procedimentale. La partecipazione dell'ente locale assume già di per sé un significato diverso rispetto a quella del cittadino. Essa non realizza affatto un contemperamento fra interesse pubblico e privato, bensì - semplicemente - un confronto fra soggetti che perseguono un interesse pubblico: quindi, il principio che la ispira non è la sovranità popolare *ex art. 1 Cost.*; piuttosto, è la leale collaborazione fra gli enti della Repubblica, più volte richiamata dalla giurisprudenza costituzionale.

All'atto pratico, la partecipazione dell'ente locale in un processo decisionale può apportare dei benefici al cittadino, in misura pari - se non superiore - al giovamento che questo potrebbe trarre se intervenisse in prima persona: del resto, l'ente è preposto - per definizione - a tutelare gli interessi della comunità di riferimento. In questo senso, si può effettivamente affermare che il privato influenza la decisione pubblica, seppure solo potenzialmente e di riflesso. Sennonché, ciò avviene in virtù della delega che il cittadino ha conferito all'ente locale che lo rappresenta, e non per mezzo di una sua azione diretta; di conseguenza, il contesto di riferimento è, in questa fattispecie, la democrazia rappresentativa, e non la "partecipazione" per come è stata intesa fin qui.

Per queste ragioni, si può affermare che di fronte a un procedimento infrastrutturale di importanza strategica, foriero di complicazioni e di discordie all'interno della società, l'autorità pubblica ha scelto di ricomporre i contrasti e di valutare le varie posizioni in campo adottando una procedura del tutto nuova; nondimeno, è dubbio che la soluzione adottata possa rientrare, a pieno

titolo, nell'alveo della democrazia partecipativa, a prescindere da ogni valutazione positiva o negativa sull'esito pratico della consultazione.

3.2 - Dibattito pubblico infrastrutturale in Toscana.

La Toscana è stata la prima Regione italiana ad adottare una disciplina specifica per la partecipazione ai procedimenti infrastrutturali⁶⁰⁴.

Nelle fasi preliminari di elaborazione di opere, progetti e interventi il cui valore economico supera i 10 milioni di euro, l'Autorità regionale per la partecipazione può indire un dibattito pubblico - su sua iniziativa, ovvero su richiesta degli enti indicati dalla legge, o anche su impulso di un certo numero di residenti riuniti in forma associata - nel quale i cittadini possono esprimere la loro opinione sulle opere, i progetti e gli interventi suscettibili di produrre un rilevante impatto ambientale e socio-economico sul territorio⁶⁰⁵. Il dibattito è sempre convocato, quando il valore dell'opera supera i 50 milioni di euro⁶⁰⁶.

L'indizione del dibattito sospende l'adozione o l'attuazione di ogni atto regionale la cui attuazione possa anticiparne o pregiudicarne l'esito⁶⁰⁷. Gli argomenti adottati e le proposte avanzate nel corso del dibattito sono riportati in un rapporto finale, trasmesso al Consiglio e alla Giunta, e pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione; entro novanta giorni il soggetto cui è

604) Legge regionale n. 46/2013, che ha abrogato e sostituito l'art. 7 legge regionale n. 69/2007.

605) Art. 8 legge regionale della Toscana n. 46/2013.

Per "opere di iniziativa pubblica" sono evidentemente da intendere le opere di iniziativa regionale: i procedimenti infrastrutturali di pertinenza statale sono disciplinati - naturalmente - da norme statali (*cf.* CIANCAGLINI, *Un'ulteriore tappa nel processo di consolidamento della democrazia partecipativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2014, n. 1, p. 5); tuttavia, il comma 1, lettera *b*), dell'art. 8 prevede l'indizione del dibattito pubblico anche per la localizzazione delle infrastrutture contenute in piani nazionali e destinate a produrre un impatto sul territorio toscano, ferma restando la soglia di rilevanza fissata a 50 milioni di euro. Qualora la realizzazione delle opere consegua all'iniziativa privata, l'Autorità deve coinvolgere nel dibattito pubblico il soggetto promotore; questo deve collaborare allo svolgimento del dibattito e anche apportarvi un contributo finanziario "adeguato" (art. 8, comma 6).

⁶⁰⁶) Art. 8, commi 1-2, legge regionale della Toscana n. 46/2013.

⁶⁰⁷) Art. 11, commi 2-3, legge regionale della Toscana n. 46/2013.

deputata la realizzazione dell'opera deve esprimere una scelta motivata fra tre diverse opzioni: confermare il progetto, modificarlo o rinunciarvi⁶⁰⁸.

Il dibattito pubblico è stato istituito dalla legge n. 69/2007. Fino al 2012, non è mai stato indetto alcun dibattito pubblico, né gli stessi cittadini ne hanno mai richiesto l'indizione⁶⁰⁹. La dottrina ha variamente spiegato questo insuccesso. È stata sottolineata l'indeterminatezza dell'ambito in cui le norme sul dibattito si sarebbero dovute applicare⁶¹⁰. Altri autori hanno notato che la società civile ha tenuto un atteggiamento tendenzialmente conflittuale; a loro volta, le istituzioni hanno esitato ad aprire il processo decisionale ai cittadini⁶¹¹.

L'intervento del legislatore ha modificato la legge, introducendovi alcune disposizioni che, potenzialmente, possono ridurre l'effetto negativo di queste circostanze. Le norme vigenti sono più puntuali nel definire le ipotesi in cui si può procedere al dibattito. Soprattutto, come si è visto, il dibattito diventa obbligatorio, quando si debbano realizzare opere, progetti e interventi il cui valore economico supera una determinata soglia di rilevanza.

In effetti, i primi dibattiti pubblici in Toscana sono stati indetti solo in seguito a queste - obiettivamente rilevanti - modifiche apportate alla normativa⁶¹².

Nel 2015, l'Autorità per la partecipazione ha deliberato l'organizzazione di due dibattiti. Sennonché, l'Autorità ha respinto un'altra richiesta di dibattito, pur auspicando vivamente lo svolgimento di un progetto partecipativo sullo stesso

⁶⁰⁸) Art. 12, commi 1-3, legge regionale della Toscana n. 46/2013.

⁶⁰⁹) Nel 2012, U. ALLEGRETTI notava che “*si sono in Toscana presentati nel tempo casi rilevanti di discussioni coinvolgenti grandi opere (...) quali il già ricordato sottoattraversamento di Firenze, la costruzione del nuovo tratto dell'autostrada tirrenica e, da ultimo, la proposta di seconda pista dell'aeroporto di Peretola; ma nessuno, né la Regione Toscana né altri enti interessati o promotori del progetto né gruppi di cittadini, hanno proposto all'Autorità (...) l'organizzazione del dibattito relativo*”. (V. *Introduzione: forme della partecipazione ed esperienza toscana*, ne *La partecipazione*, a cura di BORTOLOTTI-CORSI, *op. cit.*, pp. 34-35).

⁶¹⁰) Cfr. CIANCAGLINI (*op. ult. cit.*, p. 10). In particolare, non era chiaro il significato di “intervento”, atteso che il riferimento al “progetto preliminare” nella legge n. 69/2007 induceva a restringere la nozione ai soli “interventi” infrastrutturali.

⁶¹¹) Cfr. U. ALLEGRETTI, *Introduzione: forme della partecipazione*, *op. cit.*, p. 35.

⁶¹²) Regione Toscana, Autorità regionale per la Garanzia e la Promozione della Partecipazione, deliberazioni 16 settembre 2015, n. 18 (indizione dibattito pubblico su progetto di sviluppo e riqualificazione del porto di Livorno) e 19 ottobre 2015, n. 19 (indizione Dibattito Pubblico su “Gessi e rifiuti industriali - Gavorrano”).

tema⁶¹³. Per motivare questo diniego, si è preso atto che il soggetto proponente l'opera si è rivelato indisponibile a ogni confronto: l'Autorità ha fatto presente che la normativa le consente di avviare d'ufficio il dibattito pubblico, ma non di obbligare i soggetti coinvolti a prendervi parte; soprattutto, è evidente che il dibattito su un'opera pubblica non può svolgersi in assenza del soggetto che lo propone: del resto, la sua assenza impedisce che i cittadini intervenienti acquisiscano alcuni elementi - necessari a una corretta informazione in ordine alla vicenda di cui si discute - e rende difficoltosa l'integrazione nella decisione finale delle conclusioni cui si è giunti nel corso del dibattito⁶¹⁴.

Realisticamente, l'Autorità non può che riconoscere i limiti che la legge impone alla sua azione. Tuttavia, le conseguenze pratiche della decisione lasciano spazio ad alcune considerazioni critiche: infatti, la legge toscana consente che lo svolgimento del dibattito pubblico subisca un veto espresso da un soggetto privato, nel nome di un interesse privato, nonostante si affermi comunemente che la partecipazione dei cittadini a una decisione amministrativa è - per diverse ragioni - necessaria alla realizzazione di un interesse pubblico.

⁶¹³) Regione Toscana, Autorità regionale per la Garanzia e la Promozione della Partecipazione, deliberazione 16 marzo 2015, n. 12 (Determinazioni in merito alla richiesta di indizione di un dibattito pubblico avente per oggetto 'Sistema aeroportuale Toscano' - Richiesta di attivazione di Dibattito pubblico regionale presentata in data 4.6.2014 dal Comune di Pisa, di cui alla delibera dell'App. n. 2 del 24 luglio 2014). Nel dispositivo, l'Autorità ritiene *“auspicabile e ineludibile la realizzazione di un processo partecipativo di altro tipo sul progetto in questione”*.

⁶¹⁴) Nella fattispecie, la società Aeroporti di Firenze ha mostrato all'Autorità un *“atteggiamento di sostanziale indisponibilità”*. Come osserva l'Autorità, *“la normativa toscana prevede la possibilità che l'Autorità attivi d'ufficio un DP (...), ma non la dota di strumenti coercitivi”*. Inoltre, *“nell'ottica dei membri della Autorità, il proponente è un attore ineludibile di un DP riuscito. Pertanto, l'eventuale DP risulta proficuo ed efficiente solo se si organizza insieme al proponente, e non in sua assenza o contro di esso”*; *la rinuncia da parte dei cittadini alle loro attività personali per dedicare del tempo e prendere parte a un percorso partecipativo, non può non avere come contropartita (...) la possibilità di esprimere un punto di vista informato e la garanzia che i risultati del percorso siano integrati nel processo delle decisioni tecniche e politiche sul progetto. Nel caso di un eventuale DP sul polo aeroportuale toscano realizzato senza la partecipazione del proponente ci pare che entrambe le due condizioni siano impossibili da assicurare ai cittadini”*. In effetti, è impossibile che i cittadini abbiano un quadro esatto della situazione, se il proponente non rende pubbliche le conoscenze di cui dispone. Per il resto, si può ritenere - nonostante l'affermazione dell'Autorità sul punto sia alquanto apodittica - che i risultati di un simile dibattito non possano *“essere integrati”* nella decisione finale: l'amministrazione non può tenere conto di una discussione in cui non sono emersi tutti i punti di vista interessati alla vicenda.

3.3 - Dibattito pubblico sulla “Gronda di ponente” a Genova.

Il primo caso in cui i cittadini di un Comune sono stati coinvolti nel processo decisionale inerente alla realizzazione di un’opera pubblica riguarda il Comune toscano di Montaione (Firenze) dove, nel 2007, è stato indetto un dibattito pubblico in merito alla riqualificazione di un borgo medievale; in seguito a questo procedimento, il Consiglio comunale ha approvato una variante al piano urbanistico attuativo, tenendo in conto le osservazioni dei cittadini⁶¹⁵.

Successivamente, il Comune di Genova ha adottato la medesima procedura, nell’ambito di un procedimento infrastrutturale di importanza strategica nazionale⁶¹⁶. Il dibattito, aperto a tutti i cittadini, è stato organizzato e gestito da una commissione di nomina comunale, formato da esperti non residenti in città, e si è svolto in tredici incontri - ognuno dei quali ha visto un afflusso di persone quantificabile nell’ordine delle centinaia - ai quali si sono aggiunte tre riunioni tematiche⁶¹⁷. Favorevoli e contrari - questi ultimi erano numericamente preponderanti - hanno partecipato al dibattito fino alla conclusione; sono pervenute proposte avanzate da enti pubblici, imprese, cittadini singoli e associati⁶¹⁸.

⁶¹⁵ Comune di Montaione (Firenze), Consiglio comunale, deliberazione 29 dicembre 2009, n. 98. Sul tema, v.: FLORIDIA, *Democrazia deliberativa, strategie negoziali, strategie argomentative: un’analisi del Dibattito Pubblico sul caso Castelfalfi*, relazione al XVII convegno annuale della Società italiana di scienza politica, Pavia, 2008; BOVA, *Gli istituti del débat public e dell’enquête publique nell’ordinamento giuridico francese*, in *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, a cura di DE MARTIN-BOLOGNINO, Padova, 2010, p. 243.

⁶¹⁶ Il dibattito si è tenuto a Genova tra il 6 febbraio e il 20 aprile 2009. Ha riguardato la costruzione di un nuovo tratto autostradale - la c.d. “Gronda di Ponente” - tra Voltri e l’attuale uscita autostradale di Genova ovest, inserita nel programma delle infrastrutture di interesse nazionale.

⁶¹⁷ L. BOBBIO, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere - Il caso dell’autostrada di Genova*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, Bologna, 2010, n. 1, pp. 6-9. Solo uno dei tredici dibattiti ha visto la presenza di poche decine di persone. L’Autore ha presieduto la commissione che ha gestito i dibattiti.

⁶¹⁸ Nondimeno, nel corso di uno dei dibattiti, i gruppi organizzati di opposizione all’infrastruttura hanno temporaneamente abbandonato i lavori, contestando una misura procedurale adottata dalla commissione: per consentire l’intervento anche degli individui, oltre che dei comitati, gli interventi del pubblico sono stati sorteggiati (L. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 9-11 e 13).

L'autorità procedente era decisa a realizzare l'infrastruttura, indipendentemente dalle risultanze del dibattito, il cui oggetto è stato ristretto - nelle intenzioni iniziali - a una scelta fra cinque varianti di tracciato. Sennonché, la pressione dei cittadini ha costretto la commissione ad ampliare il *thema decidendum*, includendovi anche l'opportunità dell'opera⁶¹⁹.

A conclusione della vicenda, l'infrastruttura è stata realizzata. Nondimeno, uno dei soggetti che hanno proposto di realizzare l'infrastruttura ha preso pubblicamente atto dell'opportunità di tenere conto degli elementi emersi nella discussione⁶²⁰. Il tracciato definitivo ha assunto come base una delle cinque ipotesi iniziali, ma vi ha apportato notevoli modifiche, in considerazione delle osservazioni avanzate dai cittadini intervenuti⁶²¹. Alcuni commentatori hanno rilevato che il dibattito ha ridotto l'area del dissenso, agevolando l'adozione di una soluzione condivisa fra amministrazione e popolazione: l'opposizione alla realizzazione dell'opera è stata limitata ai settori più oltranzisti⁶²². Al contempo, il beneficio apportato al buon andamento dell'azione amministrativa è stato vanificato, considerando che l'esecuzione del nuovo progetto ha comportato una spesa ben superiore, in confronto all'ipotesi iniziale⁶²³.

In definitiva, trattandosi di un istituto estemporaneo e occasionale, non regolato da alcuna norma, e perciò privo di qualsiasi efficacia giuridica, il dibattito pubblico genovese è da ritenersi estraneo alla partecipazione procedimentale. Tuttavia, questa esperienza dimostra che anche su scala locale - quantomeno in un'area metropolitana - è possibile promuovere l'intervento

⁶¹⁹) Il presidente della commissione ne ha dedotto che “*la ridefinizione dei temi sul tappeto mostra che il dibattito pubblico è un meccanismo potente: una volta avviato può essere difficilmente contenuto entro confini predeterminati*” (L. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 15).

⁶²⁰) “*Il dibattito non è stato né virtuale né finto (...) e pertanto è servito (...) a far acquisire al progetto dei valori aggiunti (...) che hanno fatto sì che si riuscisse a riconfigurare e proporre una nuova soluzione progettuale*” (documento redatto da Autostrade per l'Italia; v. L. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 19).

⁶²¹) L. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 21.

⁶²²) “*Ciò non ha, ovviamente, arginato completamente le proteste e il dissenso, ma ha senz'altro ridotto la platea degli oppositori, che sono rimasti, per lo più, coloro che avevano, sin dall'inizio del dibattito, rifiutato categoricamente di modificare le proprie posizioni di partenza, decidendo di non collaborare in nessun modo con la commissione*” (AVERARDI, *Amministrare, op. cit.*, p. 1187).

⁶²³) “*Di fatto, la scelta finale del tracciato su cui realizzare la strada, effettuata all'esito del dibattito pubblico, ha comportato la previsione di costi di realizzazione dell'opera molto superiori rispetto quelli stimati nel progetto originario*” (AVERARDI, *op. ult. cit.*, p. 1188).

popolare in una decisione di rilevanza nazionale, utilizzando il metodo della *deliberation*. Nulla osta a che simili esperimenti diventino oggetto di una disciplina organica, atteso che il testo unico degli enti locali - come si è evidenziato in precedenza - prescrive ai Comuni la valorizzazione della consultazione popolare, nell'ottica di perseguire l'interesse collettivo.

4 - Conclusioni.

La normativa precedente all'attuale codice dei contratti pubblici consentiva la partecipazione dei privati nei procedimenti relativi alle infrastrutture strategiche, ma soltanto nel quadro della VIA. In altri termini, il legislatore non riconosceva al pubblico interessato alcun potere d'intervento⁶²⁴, se non laddove vincolato in tal senso dalle norme di diritto internazionale.

I procedimenti infrastrutturali, per loro caratteristica, incidono su interessi di svariata natura: l'ambiente non è l'unico bene a essere coinvolto⁶²⁵. Tuttavia, la previgente disciplina non assicurava la consultazione del pubblico, se non in un sub-procedimento prevalentemente finalizzato alla tutela dell'ambiente: in un simile contesto, si riducevano gli spazi per discutere l'opportunità politica di realizzare l'opera⁶²⁶, considerando che - secondo la giurisprudenza - l'amministrazione procedente non era tenuta a prendere in considerazione la

⁶²⁴ “Tra le principali carenze del sistema italiano si è riscontrata la sostanziale assenza di partecipazione dei cittadini” (IAIONE, *La localizzazione*, op. cit., p. 255). La giurisprudenza ha chiaramente affermato che “le garanzie partecipative di cui al d. lgs. 190/2002” - integralmente contenute nel d. lgs. n. 163/2006 - si sostituiscono e non si sommano a quelle di cui alla generale legge sul procedimento” (TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza 9 dicembre 2013, n. 1114).

⁶²⁵ “Come ci insegna la dottrina, l'amministrazione che voglia rispondere in concreto alla complessità della vita reale, deve fondare la sua attività nel confronto degli interessi (...) Tale schema si presta bene al caso delle grandi opere in cui vi è confluenza di una pluralità di (centri di imputazione di) interessi capace di porre in rilievo l'essenzialità di una loro adeguata emozione e ponderazione” (PIZZANELLI, *La partecipazione*, op. cit., p. 361).

⁶²⁶ “Nella disciplina di VIA speciale prevale in modo assoluto l'interesse politico alla realizzazione di opere, mentre il procedimento di compatibilità ambientale assume la funzione di mitigare gli impatti ambientali di progetti in riferimento ai quali la realizzazione è già decisa” (MILONE, *Principio di precauzione: criterio di larga massima o principio ispiratore del procedimento di VIA?*, in *Foro amministrativo-TAR*, 2006, p. 1751).

c.d. “alternativa zero”⁶²⁷. Inoltre, l’intervento nella procedura di VIA era regolato da disposizioni di dubbia efficacia⁶²⁸. I privati possono intervenire nella VIA inerente al progetto preliminare: dunque, se pure non possono incidere sulla scelta di realizzare l’opera, la loro partecipazione avviene in una fase - tutto sommato - iniziale del processo decisionale; tuttavia, al tempo stesso, il progetto preliminare non contiene una quantità di informazioni sufficiente a indicare l’effettivo impatto ambientale dell’opera⁶²⁹. Infine, la giurisprudenza ha interpretato restrittivamente l’obbligo di motivare il provvedimento di compatibilità ambientale⁶³⁰.

⁶²⁷) “Dal momento che è stato il legislatore a dichiarare l’opera ‘di preminente interesse nazionale’, non è in via di principio contestabile all’Amministrazione di avere omissis di ponderare la c.d. opzione zero in quanto la stessa richiederebbe una disapplicazione del dato legislativo che per contro esige, finché vigente, di essere rispettato ed attuato, al pari di ogni altra manifestazione di volontà legislativa” (TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 31 maggio 2004, n. 5118, confermata dal Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 22 luglio 2005, n. 3917. *Conformi*: TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza 8 agosto 2006, n. 7098; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 13 aprile 2010, n. 2047; sez. IV, sentenza 22 febbraio 2016, n. 723). Si noti che la legge imponeva di valutare l’impatto ambientale della “alternativa zero” anche nella procedura di VIA speciale per le infrastrutture strategiche (art. 184 d. lgs. n. 163/2006).

⁶²⁸) “La disciplina del procedimento di valutazione di impatto ambientale, una delle più importanti tra le procedure dirette alla realizzazione di grandi opere, non garantisce in maniera soddisfacente la partecipazione dei cittadini all’esercizio della funzione amministrativa e, anzi, sotto questo profilo, non risulta in sintonia neppure con i principi generali” di cui alla legge n. 241/1990 (VESPERINI, *Il diritto delle opere pubbliche: tendenze e problemi*, in *Economia italiana*, Roma, 2003, pp. 606-607). “In Italia ci siamo limitati a una ricezione puramente formale” delle direttive europee in tema di VIA e VAS; “anzi con la Legge-Obiettivo, si è mirato esplicitamente all’avvilimento dei processi partecipativi” (TAMBURRINO, *Scelte per un futuro europeo fuori dai luoghi comuni*, ne *Il Mulino*, 2006, p. 123).

⁶²⁹) “La partecipazione del pubblico viene fortemente limitata nell’ambito del procedimento di VIA speciale, proprio in quanto essa ha ad oggetto il progetto preliminare. Ciò comporta, infatti, che il pubblico ha la possibilità di prendere visione e, successivamente, di formulare osservazioni soltanto in riferimento a un progetto, quale il preliminare, che non descrive puntualmente gli impatti ambientali di un progetto sull’ambiente” (R. FERRARA-MILONE, *La v.i.a. delle opere strategiche*, in *Trattato dei contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, Milano, 2008, vol. IV, p. 2906). *Ibid.* (pp. 2905-2906) si lamenta l’irragionevolezza di una disciplina statale molto meno “efficace e piena” di quella dettata da talune leggi regionali.

⁶³⁰) “Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale maturato avendo riguardo agli apporti scaturibili dalla partecipazione procedimentale nelle più diverse materie, per principio generale non esiste per l’Amministrazione procedente un dovere di analitica disamina motivata di ciascun apporto pervenuto dagli amministrati, sufficiente essendo una motivazione anche succinta e non riferita a tutte le osservazioni (...). Una eventuale ragione di invalidità avrebbe potuto nella fattispecie risiedere, pertanto, solo nell’ipotesi in cui le osservazioni in parola fossero state in blocco, o almeno per la gran parte, effettivamente ignorate” (TAR Lazio, Roma, sentenza n. 5118/2004). La giurisprudenza si era pronunciata analogamente anche in materia di VIA ordinaria (“non può allora annettersi rilievo invalidante alla mancanza di una confutazione analitica dei singoli punti oggetto di contraddittorio”: Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 gennaio 2002, n. 491).

La dottrina ha intravisto in questa scelta l'intento di sottrarre le grandi infrastrutture - ossia, quelle la cui realizzazione implica il più elevato grado di conflittualità - alla partecipazione dei cittadini; questa ipotesi è avvalorata dagli ampi poteri di cui dispongono i commissari delegati dal Governo nei procedimenti emergenziali⁶³¹. Tenuto conto di questo obiettivo *vulnus* inferto alle garanzie procedurali, è stata invocata l'approvazione di una legge quadro⁶³² che integrasse e correggesse la disciplina allora vigente; la medesima legge avrebbe dovuto introdurre l'inchiesta pubblica o il dibattito pubblico nel procedimento di localizzazione, affidandone la gestione a un organo indipendente, dettando una disciplina certa in ordine agli effetti del dibattito, ed evidenziando che essi non dovessero in alcun modo risultare vincolanti per il provvedimento finale⁶³³: al più, la consultazione avrebbe dovuto sospendere il procedimento di localizzazione e avrebbe dovuto vincolare l'autorità a motivare la decisione⁶³⁴.

Il dibattito pubblico introdotto dal nuovo codice rimedia solo in parte alle carenze della precedente normativa. Il principale punto debole è l'assenza di disposizioni che includano nell'oggetto del dibattito l'opportunità di realizzare

⁶³¹) “*Sempre più spesso questi fa ricorso a normative di emergenza, all'istituto del commissariamento, a ordinanze di apparente contenuto di protezione civile e ciò al fine di derogare alle regole ordinarie. Sembra quasi che, nella consapevolezza delle difficoltà di portare a termine in modo rapido le procedure, si continui a vivere la partecipazione del privato con sofferenza e non la si sfrutti in modo corretto, facendo ricorso, ove possibile, anche a soluzioni alternative (gli accordi). Non sembra essere questa la strada corretta e certamente non era questa la strada indicata da Nigro per il giusto procedimento amministrativo. La direzione da percorrere non è quella di prevedere procedimenti tipo per poi derogarli in parte per determinate opere (infrastrutture strategiche) o in toto in caso di emergenze (rifiuti)*” (RO. CHIEPPA, Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 681). Anche in questo caso, la giurisprudenza è esplicita: “*uno degli specifici scopi della speciale disciplina, dettata per la realizzazione delle grandi infrastrutture*” era proprio “*quello di introdurre una deroga ai precisi principi che garantiscono la partecipazione al procedimento di cui alla legge n. 241/90*” (TAR Lombardia, Brescia, sentenza n. 1114/2013).

⁶³²) A tal fine, si riteneva necessaria una nuova revisione costituzionale, che restituisse allo Stato la potestà legislativa esclusiva in tema di infrastrutture e impianti di interesse nazionale: infatti, stante l'attuale riparto delle competenze, “*il legislatore statale potrebbe definire solo principi e regole generali della disciplina dei procedimenti partecipativi volti alla definizione e localizzazione delle grandi opere*” (TONETTI, *La partecipazione*, op. cit., p. 196).

⁶³³) BASSANINI, *Conclusione di AA.VV., Programmazione, decisione e localizzazione*, op. cit., p. 103.

⁶³⁴) TONETTI, op. ult. cit., p. 205.

l'infrastruttura e, soprattutto, che consentano ai privati di intervenire a valle dell'approvazione del progetto preliminare: in proposito, si avverte la mancanza di un istituto analogo all'inchiesta pubblica. Inoltre, si registra una ulteriore, vistosa, differenza rispetto al dibattito e all'inchiesta previsti nell'ordinamento francese: è l'amministrazione aggiudicatrice a organizzare la conferenza, non un commissario esterno all'amministrazione, né tantomeno un'autorità indipendente. Infine, il dibattito non sospende il procedimento inerente all'approvazione del progetto di fattibilità.

Peraltro, sul piano formale, il nuovo codice non recepisce in pieno i criteri indicati dalla legge delega, e non tiene pienamente conto dei rilievi formulati dal Consiglio di Stato⁶³⁵, laddove sembra suggerire due ipotesi di dibattito pubblico - una facoltativa, una obbligatoria - a seconda che l'opera in discussione sia o meno inclusa nel decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sulla base della sua tipologia e della sua dimensione. Da un lato, il codice dispone la pubblicazione dei progetti - e gli esiti della consultazione pubblica ad essi relativa - con riguardo a tutte le grandi infrastrutture suscettibili di produrre un impatto sul territorio, senza distinzione alcuna; questa disposizione corrisponde al dettato della legge delega⁶³⁶. Al contempo, la disposizione immediatamente successiva rinvia a un atto amministrativo l'individuazione di quelle opere per le quali il dibattito è obbligatorio, lasciando intendere che, per alcune opere, sia facoltativo.

⁶³⁵) “L'art. 22 sembra operare una distinzione tra dibattito pubblico facoltativo e obbligatorio, individuando solo alcune categorie specifiche per le quali il dibattito è obbligatorio (...) Si tratta di una categoria più ristretta di quella di cui al comma 1 del medesimo articolo, che ricalca tutte le ipotesi enunciate nella delega. (...) Resta ovviamente fermo, in base ai principi generali sul procedimento amministrativo, che gli enti pubblici possono sottoporre a dibattito pubblico delle comunità locali altre tipologie di opere, facoltativamente. Ma non occorre una espressa disciplina legislativa per regolare il dibattito pubblico facoltativo”. Peraltro, “il d.m. deve avere carattere dichiarativo e non costitutivo dell'obbligo di dibattito pubblico, che discende direttamente dalla legge”. Tutto ciò considerato, il Consiglio di Stato aveva suggerito di riformulare l'art. 22, comma 2, nel senso di *consentire* a un *eventuale* decreto ministeriale l'individuazione delle opere di cui al comma 1; in tal caso, entrambi i commi avrebbero avuto il medesimo campo di applicazione. (Consiglio di Stato, parere n. 855/2016).

⁶³⁶) Laddove rientra fra i principi e criteri direttivi la “*introduzione di forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, la città o sull'assetto del territorio*” (art. 1, comma 1, lettera qq), legge n. 11/2016).

Tutto ciò premesso, non si può negare che il codice appena approvato rappresenti un progresso nella disciplina italiana: gli spazi per la partecipazione nei procedimenti infrastrutturali risultano senz'altro ampliati, e non più confinati nella valutazione d'impatto ambientale. Inoltre, almeno in alcune ipotesi, l'indizione del dibattito è obbligatoria, e la consultazione consente ai privati di intervenire a monte della decisione, dal momento che avviene già durante la prima fase della progettazione. In definitiva, rispetto al codice del 2006, la nuova normativa rivela una minore diffidenza per l'intervento dei privati nella realizzazione delle grandi opere, nonostante si tratti di processi decisionali che assumono rilevanza strategica per l'interesse nazionale.

Brevi considerazioni conclusive.

La normativa attualmente vigente in Italia non impedisce la partecipazione amministrativa. Non c'è dubbio che la legge n. 241/1990 consenta l'intervento dei privati nella formazione degli atti singolari e plurimi.

Senonché, la partecipazione amministrativa è soggetta ad alcune limitazioni. L'ambiguità della legge sul procedimento, con riferimento alla formazione degli atti generali, rappresenta un elemento di complicazione. Soprattutto, la formulazione degli artt. 7 e 9 della medesima legge, unita alla tendenziale restrizione delle garanzie partecipative da parte della giurisprudenza, assicura la rappresentanza procedimentale - in sostanza - ai soli interessi individuali e collettivi, differenziati e qualificati. In considerazione di ciò, non è scorretto concludere che, in Italia, la partecipazione amministrativa è intesa più come strumento atto a difendere una posizione soggettiva, che non come necessaria conseguenza del principio di sovranità popolare.

Il limite della legge generale sul procedimento amministrativo non risiede nell'assenza di garanzie. Semmai, desta perplessità il tenore letterale dell'art. 3, laddove sembra implicare che la partecipazione dei cittadini nei procedimenti volti all'adozione di atti generali, di pianificazione e programmazione non dia luogo a un puntuale obbligo motivazionale per le amministrazioni, così di fatto fortemente svalutando la rilevanza concreta di tale partecipazione. Sarebbe opportuno un intervento chiarificatore del legislatore; in particolare, meriterebbe una revisione l'art. 3, comma 2.

D'altra parte, la tesi che esclude l'obbligo di rispettare le garanzie partecipative nella formazione degli atti normativi e a contenuto generale risulta indebolita dalle evoluzioni normative e giurisprudenziali. Sono state progressivamente rafforzate le garanzie partecipative nella formazione degli atti generali adottati dalle AAI nella loro attività di regolazione economica, il che rende insostenibile l'assenza di analoghe previsioni nei procedimenti di regolazione che si svolgono davanti ai ministeri.

Insomma, se pure il potere di intervento dei cittadini nella formazione degli atti generali è rimesso alle leggi speciali - e quindi alle scelte intraprese, di volta in volta, dal legislatore, al momento di disciplinare i vari settori dell'azione amministrativa - resta che questa disposizione della legge n. 241/1990 non costituisce necessariamente un impedimento alla partecipazione; anzi, consente che essa sia assicurata con maggiore efficacia, secondo disposizioni adeguate alle peculiarità di ogni singolo procedimento.

Peraltro, il nuovo codice dei contratti - introducendo il dibattito pubblico nei procedimenti inerenti alle grandi infrastrutture - non fa altro che disciplinare in una legge speciale quella "istruttoria pubblica" che, negli intenti della Commissione Nigro, doveva essere regolata dalla legge generale sul procedimento amministrativo. Sotto questo profilo, il legislatore ha intrapreso - seppur timidamente - una direzione favorevole all'ampliamento delle garanzie partecipative, in un settore - tale è la materia delle infrastrutture strategiche - nel quale l'intervento dei cittadini è stato a lungo oggetto di sostanziale disattenzione, se non, addirittura, di sospetto; un settore nel quale la partecipazione popolare era assicurata, al più, dalle leggi regionali, quando non dalle estemporanee iniziative delle amministrazioni precedenti, com'è avvenuto in Valle di Susa. In proposito, l'esperienza francese mostra che il dibattito pubblico infrastrutturale può costituire un efficace istituto di democrazia.

Tutto ciò premesso, non si può ignorare che la disciplina vigente trascura la partecipazione del singolo cittadino, quando la decisione amministrativa non produce effetti su un suo interesse - al contempo - qualificato e differenziato.

La legge n. 241/1990 consente che i cittadini intervengano nel procedimento, al fine di tutelare un interesse diffuso, purché si raggruppino in associazioni o comitati. Tuttavia, secondo l'interpretazione restrittiva della giurisprudenza, i cittadini non possono unirsi al puro scopo di influenzare una singola decisione amministrativa: le garanzie partecipative sono riconosciute soltanto ad associazioni e comitati strutturati, costituiti prima che il procedimento sia avviato.

La giurisprudenza teme la partecipazione procedimentale delle associazioni costituite *ad hoc*. La diffidenza è tale che anche lo schema iniziale per il nuovo codice dei contratti è stato oggetto di critiche da parte del Consiglio di Stato, nella parte in cui i “comitati di cittadini” erano inseriti fra i “portatori di interessi” autorizzati a intervenire nel dibattito pubblico infrastrutturale. Il Consiglio di Stato ha apertamente paventato la presenza di soggetti intenzionati a tutelare un interesse di mero fatto, nascosto dietro lo schermo di un comitato impegnato a difendere il proprio interesse collettivo; questa evenienza costringerebbe l'autorità procedente a tenere in conto un'eccessiva quantità di posizioni soggettive, con conseguente detrimento del buon andamento nell'azione amministrativa. Queste considerazioni sono state accolte dal Governo: in attesa del decreto che determinerà le modalità del dibattito pubblico, il riferimento ai “comitati di cittadini” non compare nel codice recentemente approvato.

Non si può escludere che la preoccupazione del Consiglio di Stato sia fondata, e che possa esserlo per tutti i procedimenti amministrativi. Nondimeno, questo orientamento penalizza quei cittadini che intendono intervenire nel processo decisionale a difesa di un interesse civico, non differenziato e non necessariamente qualificato, senza che questo interesse coincida con l'interesse collettivo vantato da un'associazione strutturata.

L'indiscutibile esigenza di facilitare la gestione del dibattito o del contraddittorio, in modo da evitare rallentamenti o complicazioni nell'attività amministrativa, non può comportare un eccessivo sacrificio della partecipazione, tale da ridurre la finalità a mera difesa di una posizione soggettiva specifica, svilendone la funzione democratica. Infatti, la partecipazione amministrativa - pur non essendo sufficiente a colmare eventuali carenze di legittimazione che affliggono l'autorità - è una necessaria conseguenza della sovranità popolare, in quanto consente a ogni cittadino di esprimere la propria volontà, al fine di influenzare le scelte collettive. Nulla impedisce che questa volontà corrisponda a una scelta di valore, svincolata

dall'interesse legittimo di un individuo o dall'interesse collettivo rappresentato dal fine statutario di un'associazione.

Se le discipline inerenti ai procedimenti di massa allargassero le garanzie partecipative anche ai comitati popolari appositamente costituiti, sarebbero soddisfatti i bisogni di tutti i cittadini che intendono partecipare all'adozione di atti amministrativi a portata generale, ivi compresi coloro che non aderiscono a un'associazione preesistente rispetto al procedimento.

Al contempo, obbligando i cittadini a raggrupparsi in comitati, si porrebbe un parziale rimedio al rischio di "frammentazione" del dibattito: il numero di soggetti partecipanti non aumenterebbe in misura tale da pregiudicare la celerità e il razionale svolgimento del procedimento.

D'altro canto, se si privilegiasse la partecipazione procedimentale in forma associata, il cittadino incontrerebbe minori difficoltà nell'influenzare la scelta finale, dal momento che si troverebbe a unire i suoi sforzi con altri soggetti che condividono i suoi stessi obiettivi. La dimensione collettiva della partecipazione - con riferimento a tutte le decisioni pubbliche, e non solo a quelle intraprese dall'autorità amministrativa - è un requisito cruciale ai fini della sua efficacia.

La partecipazione è una strada stretta. Chi la percorre deve scongiurare il verificarsi di tre eventualità: l'abdicazione dell'autorità pubblica al suo potere decisionale, a tal punto da non poter più agire per sanare le disuguaglianze e per correggere gli abusi che caratterizzano la società; la sussunzione della società nella dimensione pubblica, fino all'annullamento della personalità individuale; l'isolamento del singolo cittadino di fronte al potere pubblico e ai poteri privati organizzati, che trasformerebbe l'intervento popolare in un simulacro di democrazia. Quest'ultimo pericolo può essere evitato soltanto se i cittadini sono in condizione di esercitare il proprio diritto a incidere nella vita pubblica, unendosi in associazioni e comitati, ma anche in partiti politici inclusivi e strutturati secondo un metodo democratico, idonei a promuovere una mobilitazione popolare senza limitarsi a difendere un solo, specifico,

interesse, per quanto diffuso. Solo se favorisse l'aggregazione dei cittadini, e solo se fosse affiancata da un sistema partitico efficace nel determinare il contenuto delle scelte politiche, la partecipazione popolare potrebbe essere assicurata in tutte le decisioni dell'amministrazione - comprese quelle di portata generale - senza che si realizzi l'inquietante profezia di Pasolini. Infatti, solo così si può impedire che *"i comitati di quartiere, la partecipazione dei genitori nelle scuole, la politica dal basso"* si rivelino *"iniziative pratiche, utilitaristiche, in definitiva non politiche"*; solo così il coinvolgimento dei cittadini può contribuire ad allontanare lo spettro della *"spolitizzazione completa"* di una Nazione e la sua trasformazione in un *"gran corpo senza nervi, senza più riflessi"*.

Indice della dottrina e della giurisprudenza citate.

Dottrina.

AA.VV., *Stato e cittadino, in 1945-1975 Italia. Fascismo antifascismo Resistenza rinnovamento*, Milano, 1975 (è riportata una citazione di BASSO).

ADAMS, *Il diritto costituzionale americano. Linee essenziali*, Firenze, 1954.

AGNETTE, *Deliberation or bargaining?*, in *Developing a Constitution for Europe*, a cura di FOSSUM-MENENDEZ, Londra, Routledge, 2004.

ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998.

ALGOSTINO, *L'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione come case study sulla democrazia e sul dissenso*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2.

ALLEGRETTI G. -FRASCAROLI, *Percorsi condivisi-Contributi per un atlante di pratiche partecipative in Italia*, Firenze, 2006.

ALLEGRETTI U., *Basi teoriche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 2006, n. 3.

ALLEGRETTI U., alla voce *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2011, Annali n. 4.

ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2.

ALLEGRETTI U., *I quartieri tra decentramento comunale e autonomia di base*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, n. 1.

ALLEGRETTI U., *Introduzione: forme della partecipazione ed esperienza toscana*, ne *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione: il caso della Toscana*, a cura di BORTOLOTTI-CORSI, Roma, 2012.

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

ALLEGRETTI U., *Procedura, procedimento, processo*, in *Diritto amministrativo*, 2007, n. 4.

AMATO, *Conclusioni*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, n. 5, Torino, 1999.

AMIRANTE D., *L'avancée prudente de la participation en Italie*, ne *La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, a cura di HOSTIOU-STRUILLLOU per Gridauh, Parigi, 2006, quaderno n. 17

AMORTH, introduzione a AA.VV., *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, Milano, 1977.

ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993.

ARCHIBUGI, *Cosmopolitan Democracy and its Critics*, in *European journal of International Relations*, 2004, n. 10.

- ARENA, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, n. 1.
- ARGENIO, *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Consiglio di Stato*, 1992, vol. II.
- ARNSTEIN, *A Ladder of Citizen Participation*, in *Journal of the American Planning Association*, 1969.
- AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, n. 4.
- BACQUÉ-REY-SINTOMER, *La démocratie participative: un nouveau paradigme de l'action publique*, in *Gestion de proximité et démocratie participative. Une perspective comparative*, Parigi, 2005.
- BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969.
- BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e ordinamento neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Quaderni del Consiglio di Stato, n. 2, Torino, 1997.
- BASSANINI, *Conclusioni di AA.VV., Programmazione, decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche. Proposte di riforma delle regole e delle procedure*, a cura di Astrid, Roma, 2010.
- BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2007.
- BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2006.
- BAZZOCCHI, *Riconoscimento, libertà e Stato*, Pisa, 2012.
- BENGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975.
- BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952.
- BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994.
- BENVENUTI, alla voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, 1961.
- BENVENUTI, alla voce *Parte (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1981, vol. XXXI.
- BERTI, *La parabola regionale nell'idea di partecipazione*, in *Le regioni*, 1974, n. 1.
- BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975.
- BESSON, *Deliberative Democracy in the European Union: Towards the De-territorialization of Democracy*, in *Deliberative Democracy and its Discontents*, a cura di BESSON-MARTÍ, Farnham.
- BÉTAILLE, *La contribution du droit aux effets de la participation du public: de la prise en considération des résultats de la participation*, intervento alle I^e Journées Doctorales sur la participation du public et la démocratie participative, organizzate dal Gruppo d'interesse scientifico *Participation du public, décision, démocratie participative*, Lione, 27-28 novembre 2009.
- BETTINI, *La partecipazione amministrativa*, Milano, 1973.
- BIFULCO, alla voce *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, 2011, Annali n. 4.
- BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione*, ne *Il procedimento amministrativo europeo*, a cura di CASSESE-BIGNAMI, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, quaderno n. 1.
- BILANCIA, conclusioni di *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, a cura di ARENA-CORTESE, Padova, 2011.
- BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988.

BLATRIX, *Devoir débattre : les effets de l'institutionnalisation de la participation sur les formes d'action collective*, in *Politix*, 2002, n. 57.

BLATRIX, *Genèse et consolidation d'une institution: le débat public en France*, in *Le débat public: une expérience française de démocratie participative*, a cura di REVEL-BLATRIX-BLONDIAUX-FOURNIAU-DUBREUIL-LEFEBVRE, Parigi, 2007.

BOBBIO L., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, n. 4.

BOBBIO L., *Discutibile e indiscussa: l'Alta Velocità alla prova della democrazia*, ne *Il Mulino*, 2006.

BOBBIO L., *Il dibattito pubblico sulle grandi opere - Il caso dell'autostrada di Genova*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2010.

BOBBIO L.-DANSERO, *La TAV e la Valle di Susa*, Torino, 2008.

BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984.

BOCCALATTE, *Brevi osservazioni sulla nuova legge toscana in materia di qualità della normazione, con particolare riguardo all'obbligo di motivazione delle leggi*, in *Rassegna parlamentare*, 2009, n.1.

BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Milano, 2006

BOSETTI-MAFFETTONE, *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004.

BOHMAN, *The Coming of Age of Deliberative Democracy*, in *Journal of Political Philosophy*, 1998, n. 6.

BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, Torino, 1996.

BONICHOT, *Compatibilité, cohérence, prise en compte: jeux de mots ou jeu de rôle?*, in *Mélanges en l'honneur d'Henri Jacquot*, Orléans, 2006.

BOVA, *Gli istituti del débat public e dell'enquête publique nell'ordinamento giuridico francese*, in *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, a cura di DE MARTIN-BOLOGNINO, Padova, 2010.

BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009.

BUCHANAN-KEOHANE, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, in *Ethics and Int'l Affairs*, Cambridge-UK, 2006, n. 20/4.

BUSH, *Politica e società*, Bologna, 2008.

CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Santarcangelo di Romagna, 1983, vol. I.

CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, vol. I.

CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, a cura di ORLANDO, *op. cit.*, vol. III.

CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2010.

CARETTI, alla voce *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XXII.

CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990.

CARLI, *Lo statuto della Emilia Romagna. Principi e partecipazione*, ne *Le istituzioni del federalismo*, 2005.

- CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241/1990*, in Jus, 2008, nn. 2-3.
- CASETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, 2009.
- CASETTA, *La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa nell'attuale ordinamento dello Stato italiano*, in AA.VV., *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, op. cit.
- CASETTA, *La 'partecipazione democratica' nell'ordinamento regionale*, ne *Il foro amministrativo*, Roma, 1972.
- CASINI, *Gli strumenti di partecipazione alle scelte sulla localizzazione di infrastrutture strategiche*, in AA.VV., *Programmazione, decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche. Proposte di riforma delle regole e delle procedure*, op. cit.
- CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, Bologna, 2002, n. 2.
- CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, 2009.
- CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, Modena, 1970, n. 2.
- CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1.
- CASSESE, *Negoziare e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA. VV., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, op. cit.
- CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, ne *Il Foro italiano*, 1996.
- CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994.
- CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, ne *L'indipendenza delle Autorità*, a cura di GRASSINI, Bologna, 2001, p. 54.
- CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001.
- CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2012.
- CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti 'di alta amministrazione'*, in *Diritto pubblico*, 2009.
- CHARBONNEAU, *De l'ambivalence du débat public*, in *La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, a cura di HOSTIOU-STRUILLOU, op. cit.
- CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Parigi, 2003.
- CHEVALLIER, *Le débat public en question*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, op. cit.
- CHIEPPA RO., *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010.
- CHITI M., *Partecipazione popolare e istituti di democrazia diretta*, in AA.VV., *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973.
- CHITI M., *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977.
- CIANCAGLINI, *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, ne *Le Regioni*, 2010, n. 5.

- CIANCAGLINI, *Un'ulteriore tappa nel processo di consolidamento della democrazia partecipativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2014.
- CICCONETTI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2010, p. 213.
- CLARICH, *Autorità indipendenti - Bilancio e prospettiva di un modello*, Bologna, 2005.
- CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 2004.
- COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n. 3.
- COEN, *Consultazioni popolari e referendum comunale*, in *Regioni e Governo locale*, 1986.
- COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in *Deliberative Democracy - Essays on Reason and Politics*, a cura di BOHMAN-REHG, Cambridge-USA - Londra, 1997.
- COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in *The Good Polity*, a cura di HAMLIN-PETTTT, Oxford, 1989.
- COHEN-SABEL, *Global democracy?*, in *International Law and Politics*, New York, 2006.
- CORLETTI, *Vizi 'formali' e poteri del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006.
- CORSI, *Democrazia partecipativa e procedimento amministrativo: un raffronto attraverso l'esperienza della legge toscana*, ne *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione: il caso della Toscana*, a cura di BORTOLOTTI-CORSI, *op. cit.*
- CORTESE, *Decisioni amministrative complesse e hard cases: il caso Dal Molin*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, a cura di ARENA-CORTESE, *op. cit.*
- COTTA, *Il concetto di partecipazione politica: linee di un inquadramento teorico*, in *Rivista italiana di scienza politica*, Bologna, 1979.
- CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969.
- CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione*, in *Stato popolo governo*, Milano, 1985.
- CRISAFULLI, *Principio di legalità e 'giusto procedimento'*, nota a Corte costituzionale, sentenza n. 13/1962, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1962, n. 1.
- CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1972.
- CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.
- D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000.
- DAHL, *A Democratic Dilemma: System Effectiveness vs Citizen Participation*, in *Political Science Quarterly*, New York, 1994, n. 1.
- DAHRENDORF, *Cittadini e partecipazione: al di là della democrazia rappresentativa?*, in *Il cittadino totale*, Torino, 1977.
- DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2005.
- DELAUNAY, *Les limites aux recours contre les décisions de la CNDP*, ne *L'annuaire juridique-Droit administratif*, Parigi, 2005.
- DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali-Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

- DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, n. 1.
- DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1927, vol. II
- DONATI, *Partecipazione come categoria, identità e rappresentanza*, ne *Le regole della democrazia partecipativa*, a cura di VALASTRO, Napoli, 2010.
- ELLIOTT, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, in *Duke Law Journal*, 1992, n. 41, p. 1386.
- ELSNER, introduzione di *Deliberative Democracy*, Cambridge-UK, 1998.
- ENDRICI, *Territori e ambiente*, in *Territorialità positive - Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, a cura di BARBATTI-ENDRICI, Bologna, 2005.
- ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, ne *La Costituzione italiana-Saggi*, Padova, 1954.
- FEDI-MANNARINI (a cura di), *Oltre il Nimby. La dimensione psico-sociale della protesta contro le opere sgradite*, Milano, 2008.
- FERRAJOLI, *Principia iuris - Teoria del diritto e della democrazia*, n. 1, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.
- FERRARA L., *La partecipazione tra 'illegittimità' e 'illegalità': considerazioni sulla pronuncia dell'annullamento non pronunciabile*, in *Diritto amministrativo*, 2008.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo - Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002.
- FERRARA R. -MILONE, *La v.i.a. delle opere strategiche*, in *Trattato dei contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI-DE NICTOLIS-GAROFOLI, Milano, 2008, vol. IV.
- FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.
- FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996.
- FINER, *Administrative Responsibility in Democratic Government*, in *Public Administration Review*, New York, 1941.
- FISHKIN, *Democracy and Deliberation*, New Haven, 1991.
- FISCHELLA, *Elezioni e democrazia*, Bologna, 1982.
- FLORIDIA, *Democrazia deliberativa, strategie negoziali, strategie argomentative: un'analisi del Dibattito Pubblico sul caso Castelfalci*, relazione al XVII convegno annuale della Società italiana di scienza politica, Pavia, 2008.
- FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, ne *Il procedimento amministrativo europeo*, a cura di CASSESE-BIGNAMI, *op. cit.*
- FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato*, Padova, 2001.
- FREGO LUPPI, *L'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio delle centrali elettriche*, in *Diritto amministrativo*, 2007, n. 3.
- FREY-GEE, *Fair Siting Procedures. An Empirical Analysis of Their Importance and Characteristics*, in *Journal of Policy Analysis and Management*, 1996.

- GALGANO, *Le istituzioni della società post-industriale*, in GALGANO-CASSESE-TREMONTI-TREU, *Nazioni senza ricchezza ricchezza senza nazioni*, Bologna, 1993.
- GALLINO, alla voce *Partecipazione*, in *Dizionario di sociologia*, Torino, 1988.
- GALLO C.E., *La partecipazione al procedimento*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo*, a cura di ALBERTI-AZZARITI-CANAVESIO-GALLO C.E.-QUAGLIA, Torino, 1992.
- GAMBETTA, “Claro!”: *An Essay on Discursive Machismo*, in ELSNER, *Deliberative Democracy*, *op. cit.*
- GERSTENBERG, *Denationalization and the Very Idea of Democratic Constitutionalism: The Case of the European Community*, in *Ratio Juris*, Oxford, 2001, n. 3.
- GIANNETTI, *Modelli e pratiche della democrazia deliberativa*?, in *Strumenti della democrazia*, a cura di PASQUINO, Bologna.
- GIANNINI, alla voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1977, vol. XXVII.
- GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GIANNITI-LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2008.
- GIGLIONI-LARICCIA, alla voce *Partecipazione dei cittadini*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2000, aggiornamento n. 4.
- GOODIN, *Reflective Democracy*, New York, 2003.
- GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Torino, 1975.
- GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006.
- GRIMM, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in *Die Zukunft der Verfassung*, Francoforte sul Meno, 1991.
- GRISOLIA, *Il ravvicinamento formale/procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione/consultazione nell'attività normativa del Governo*, in *Osservatorio delle fonti*, Giappichelli, 2007.
- GUÉRARD, *La démocratie locale participative*, in ROBBE, *La démocratie participative*, *op. cit.*
- GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.
- GUIZOT, *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, Parigi, 1821.
- HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996.
- HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Londra, 1976.
- HABERMAS, *Moralità ed eticità*, in AA. VV., *Etiche in dialogo*, Genova, 1990.
- HABERMAS, *The Postnational Constellation*, Oxford, Blackwell, 2001.
- IAIONE, *La localizzazione delle infrastrutture localmente indesiderate*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, a cura di ARENA-CORTESE, *op. cit.*
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.
- JACQUOT-PRÉT, *Droit de l'urbanisme*, Parigi, 2008.
- JEGOUZO, *Principe et idéologie de la participation*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Parigi, 2007.

- JOLY-SIBUET - LASCOUMES - GUCHAN - LÉOST, *Conflits d'environnement et intérêts protégés par les associations de défense. Aquitaine, Alsace, Bretagne, Rhône-Alpes, Parigi, Ministère de l'environnement*, 1988, p. 148.
- KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981
- KEOHANE-GRANT, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, New York, Institute for International Law and Justice, 2004, *working paper* n. 7.
- KEOHANE-NYE, *Between Centralization and Fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy*, Cambridge-USA, 2001.
- KINGSBURY-KRISCH-STEWART, *The Emerging of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, Durham, estate/autunno 2005.
- KISCHEL, *Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law*, in *Administrative Law Review*, 1994.
- LASSWELL, alla voce *Politica*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1980, vol. V.
- LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985.
- LEFEBVRE, *Non-dits et points aveugles de la démocratie participative*, in ROBBE, *La démocratie participative*, *op. cit.*
- LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 1977, n. 2.
- LOLIVE, *La montée en généralité pour sortir du Nimby*, in *Politix*, 1997, n. 39.
- LOMBARDI P., *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012.
- LOMBARDI R., *Funzione di controllo e processo decisionale della pubblica amministrazione*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione*, a cura di CROSETTI-FRACCHIA, Giuffrè, 2002.
- LUCIANI, *Art. 75 - Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, Bologna, 2005.
- MANIN, *On Legitimacy and Political Deliberation*, in *Political Theory*, Londra, 1987, n. 3.
- MANETTI, alla voce *Autorità indipendenti (Dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1997, vol. IV.
- MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.
- MANGIA, *Consigli Regionali e partecipazione politica nei nuovi statuti, ne I principi negli Statuti regionali*, a cura di CATELANI-CHELI, Bologna, 2008.
- MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano, 2010.
- MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2001.
- McGARITY, *The Courts and the Ossification of Rulemaking*, in *Texas Law Review*, Austin, 1997, n. 75.
- MELA-BELLONI-DAVICO, *Sociologia dell'ambiente*, Roma, 1998.
- MENENDEZ, *The European Democratic Challenge*, Oslo, Arena, 2008.
- MERLONI, *Infrastrutture, ambiente e governo del territorio, ne Le Regioni*, 2007, n. 1.
- MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Accademia dei Lincei, Lo stato delle istituzioni italiane-problemi e prospettive*, Milano, 1994.
- MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2002*, Milano, 2003.

- MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- MILBRATH, *Political participation*, Chicago, 1965.
- MILONE, *Principio di precauzione: criterio di larga massima o principio ispiratore del procedimento di VLA?*, in *Foro amministrativo-TAR*, 2006.
- MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA, Bologna, 2005, vol. I.
- MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997.
- MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, vol. II, 1992.
- MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, quaderno Cesifin n. 6, Torino, 2001.
- MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, ne *Il diritto del lavoro*, Roma, 1954, n. 1.
- MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962.
- MORTATI, *Sui limiti della delegazione legislativa*, in *Jus*, 1952.
- NANZ-STEFFEK, *Global Governance, Participation and Public Sphere*, in *Government and Opposition*, Oxford, 2004, n. 4.
- NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- NEWMAN, *Globalization and Democracy*, in GREVEN-PAULY, *Democratic Governance beyond the Nation State*, Lanham-Oxford, 2000.
- NICOLAIDES-GEVEKE-DEN TEULING, *Improving Policy Implementation in an Enlarged European Union: The case of National Regulatory Authorities*, Maastricht, 2003.
- NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, Milano, 1980.
- NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in AMATO-BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984.
- NIGRO, relazione introduttiva a *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, a cura di TRIMARCHI F., Milano, 1990.
- OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- OCCHILUPO-PALUMBO-SESTITO, *Le scelte di localizzazione delle opere pubbliche: il fenomeno Nimby*, *Questioni di economia e finanza - paper n. 91*, a cura della Banca d'Italia, Roma, 2011.
- ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *I Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901.
- PACI, *Welfare locale e democrazia partecipativa*, Bologna, 2008.
- PAPADOPOULOS-WARIN, *Are innovative, participatory and deliberatory procedures in policy making democratic and effective?*, in *European Journal of Political Research*, Oxford, 2007, n. 4.
- PAPALDO, *Giustizia e pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1959.
- PARRY, *The Idea of Political Participation*, in *Participation in Politics*, Manchester, 1972.
- PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996.
- PASTORI, *Considerazioni introduttive a La disciplina generale del procedimento amministrativo - Contributi alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1989.

- PATRONI-GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Federalismi.it*, 2009.
- PAULUS, *The International Legal System as a Constitution*, in *Ruling the world? - Constitutionalism, International Law and Global Governance*, a cura di DUNOFF-TRACHTMAN, New York, 2009.
- PERICU, *I procedimenti di massa, ne Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, a cura di TRIMARCHI F., *op. cit.*, p. 96.
- PICCHI, *Modelli di 'governance' regionale: i rapporti con la società civile*, ne *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: problemi e prospettive*, a cura di CARLI-CARPANI-SINISCALCHI, Bologna, 2006.
- PIGNATELLI, *Il governo del territorio nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2012.
- PIRODDI, *Il Parlamento europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, Giuffrè, 2011, n. 3.
- PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010.
- PIZZORUSSO (*Partecipazione e Parlamento*, in *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milano, 1980.
- POLITI, alla voce *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica*, 2001, vol. XXX.
- PORTINARO, alla voce *Legittimità*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. V, Roma, 1996.
- POSNER, *The Perils of Global Legalism*, Chicago, 2009.
- PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.
- PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Parigi, 2004.
- PROIETTI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., *op. cit.*
- PRZEWORSKI, *Deliberation and Ideological Domination*, in ELSNER, *Deliberative Democracy*, *op. cit.*
- PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988.
- PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e 'contrattazione'*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971.
- QUIRK, *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies*, Princeton, 1994.
- RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, ne *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di BRUTI LIBERATI-DONATI, quaderno Cesifin n. 44, Torino, 2009.
- RANIOLO, *La partecipazione politica*, Bologna, 2007.
- RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2008.
- RIZZA, *La partecipazione popolare*, in AA. VV., *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Milano, 1982, vol. II.
- ROBBE, *La démocratie participative*, Parigi, 2007.
- RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Bari, 2011.
- ROLLA-GROPPI, *L'ordinamento dei Comuni e delle Province*, Milano, 2000.
- ROMAGNOLI, *Art. 3 - II. Il principio di uguaglianza sostanziale*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA poi PIZZORUSSO, *op. cit.*
- ROMANO M.C., alla voce *Atti amministrativi generali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Milano, 2006.

- ROMI, *Le débat public dans le droit positif*, in *Le débat public: une expérience française de démocratie participative*, a cura di REVEL-BLATRICH-BLONDIAUX-FOURNIAU-DUBREUIL-LEFEBVRE, *op. cit.*
- ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, Parigi, 2008.
- ROUSSEAU D., *De la démocratie continue*, in *La démocratie continue*, Parigi, 1995.
- SABINE, *Storia delle dottrine politiche*, Milano, 2003.
- SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.
- SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, 2000.
- SANDULLI A.M., *Diritto amministrativo*, Napoli, 1954.
- SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, ne *Il Foro Italiano*, 1954, parte IV.
- SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963.
- SARTORI, *Democrazia: cosa è*, Milano, 2007.
- SATTA F., alla voce *Imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XV.
- SAVIGNANO, *La partecipazione politica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 1979.
- SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999.
- SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, New York, 1999.
- SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, ne *Il procedimento amministrativo europeo*, a cura di CASSESE-BIGNAMI, *op. cit.*
- SCIULLO, *Giusto procedimento tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, Milano, 1986, n. 3.
- SEIDENFELD, *Demystifying Deossification*, in *Texas Law Review*, Austin, 1997, n. 75.
- SGUEO, *Modelli di partecipazione alle procedure di regolazione generale su scala regionale*, in *Quaderni regionali*, 2009, n. 2.
- SHAPIRO, "Deliberative", "Independent" Technocracies v. Democratic Policies: Will the Globe Echo the E.U.?, in *Law and Contemporary Problems*, Durham, estate/autunno 2005.
- SIMI, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, a cura di RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, Padova, 1971.
- SINTOMER-HERZBERG-RÖCKE, *Les budgets participatifs en Europe*, Parigi, 2008.
- SLAUGHTER, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, *Stanford Journal of International Law*, Stanford, 2004.
- STELLA-RICHTER, alla voce *Opposizione (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1980, vol. XXX.
- STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1975.
- STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, Santa Monica, 1971.

- TAMBURRINO, *Scelte per un futuro europeo fuori dai luoghi comuni*, ne *Il Mulino*, 2006.
- TONETTI, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di MACCHIATI-NAPOLITANO, Bologna, 2006.
- TOSATO, *Sovranità del popolo e dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, n. 1.
- TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975.
- TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola-NY, 1988.
- TRIMARCHI F., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2000.
- TRIMARCHI BANFI F., *Questioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, 1993.
- TUOT, *La gouvernance environnementale après la loi Grenelle 2*, in *Environnement et développement durable*, Parigi, 2011.
- VALASTRO, *La valutazione e i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?*, in *"Buone regole e democrazia"*, a cura di RAVERAIRA, Soveria Mannelli, 2007
- VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, ne *Le regole della democrazia*, a cura di VALASTRO, *op. cit.*
- VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2004.
- VERBA-NIE-KIM, *Partecipazione e uguaglianza politica: un confronto fra sette nazioni*, Bologna, 1987.
- VESPERINI, *Il diritto delle opere pubbliche: tendenze e problemi*, in *Economia italiana*, 2003.
- VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992.
- VIPIANA P.M., *Referendum consultivi regionali e comunali*, in *Diritto e società*, 1990, p. 284.
- VON HAYEK, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, 1968, in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando, 1988
- WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995.
- ZAMPETTI, *L'art. 3 della Costituzione e la democrazia rappresentativa*, in *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti*, Milano, 1993.
- ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.
- ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano-Roma, 1996.
- ZITO-TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., *op. cit.*

Giurisprudenza.

- Bundesverfassungsgericht*, II senato, sentenza 30 giugno 2009.
- Comitato d'esame per il rispetto della Convenzione di Aarhus, decisione 3 luglio 2009.
- Conseil Constitutionnel*, decisione 18 settembre 1986, n. 217.
- Conseil Constitutionnel*, decisione 19 giugno 2008, n. 564.
- Conseil d'État*, sottosezioni II e I riunite, sentenza 14 giugno 2002, n. 215154.
- Conseil d'État*, sottosezioni X e IX riunite, sentenza 17 maggio 2002, n. 236202.

Conseil d'État, sottosezioni II e I, sentenza 13 dicembre 2002, n. 229348.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 5 aprile 2004, n. 254775.
Conseil d'État, sottosezioni X e IX riunite, sentenza 20 aprile 2005, n. 258968.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenze 28 dicembre 2005, nn. 267287 e 277128.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenze 15 novembre 2006, n. 291056.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 6 giugno 2007, n. 292942.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 19 marzo 2008, n. 297860.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 21 maggio 2008, n. 301688.
Conseil d'État, sentenza 3 ottobre 2008, n. 297931.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 18 dicembre 2008, n. 310027.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 23 febbraio 2009, n. 292397.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 23 aprile 2009, n. 306242.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 29 maggio 2009, n. 297522.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 27 luglio 2009, n. 301385.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 23 marzo 2011, n. 329642.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 16 novembre 2011, n. 344972.
Conseil d'État, sottosezioni X e IX riunite, sentenza 9 dicembre 2011, n. 324294.
Conseil d'État, sottosezioni X e IX riunite, sentenza 1 marzo 2013, n. 353009.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 20 marzo 2013, n. 354321.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 25 settembre 2013, n. 352660.
Conseil d'État, sottosezioni VI e I riunite, sentenza 16 luglio 2014, n. 365522.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 4 settembre 1992, n. 724.
Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 23 aprile 1998, n. 474.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 18 maggio 1998, n. 836.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 26 ottobre 1999, n. 1625.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 22 giugno 2000, n. 3556.
Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 febbraio 2001, n. 580.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 22 marzo 2001, n. 1683.
Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22 maggio 2001, n. 2823.
Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 giugno 2001, n. 475.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 gennaio 2002, n. 491.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 16 febbraio 2002, n. 961.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 29 febbraio 2002, n. 4343.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 1 ottobre 2002, n. 5105.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 31 maggio 2003, n. 3037.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 6 aprile 2004, n. 1872.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 22 luglio 2005, n. 3917.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 16 marzo 2006, n. 1409.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 aprile 2006, n. 2007.

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenze 20 aprile 2006, n. 2201.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972.
Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 gennaio 2007, n. 36.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenze 1 febbraio 2007, n. 416.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 22 aprile 2008, n. 841.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 25 giugno 2008, n. 3234.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 luglio 2008, n. 3786.
Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 29 luglio 2008, n. 3992.
Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 1 ottobre 2008, n. 5067.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 24 dicembre 2008, n. 6554.
Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 29 aprile 2009, n. 2737.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 2 marzo 2010 n. 1215.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 13 aprile 2010, n. 2047.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 2 maggio 2012, n. 2521.
Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 31 agosto 2012, n. 4661.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 15 luglio 2013, n. 3861.
Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 11 marzo 2014, n. 3568.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 4 marzo 2015, n. 1060.
Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532.
Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 22 febbraio 2016, n. 723.
Corte Costituzionale, sentenza 25 febbraio-2 marzo 1962, n. 13.
Corte Costituzionale, sentenza 29 giugno-6 luglio 1965, n. 59.
Corte Costituzionale, sentenza 9-20 marzo 1978, n. 23.
Corte Costituzionale, sentenza 22-25 ottobre 1985, n. 324.
Corte Costituzionale, sentenza 5-14 aprile 1995, n. 126.
Corte Costituzionale, sentenza 17 ottobre-5 novembre 1996, n. 383.
Corte Costituzionale, sentenza 2-4 giugno 1997, n. 170.
Corte Costituzionale, sentenza 18 luglio 1997, n. 240.
Corte Costituzionale, sentenza 25 settembre-1 ottobre 2003, n. 303.
Corte Costituzionale, sentenza 1-7 ottobre 2003, n. 307.
Corte Costituzionale, sentenza 13-29 gennaio 2005, n. 62.
Corte Costituzionale, sentenza 11-14 ottobre 2005, n. 383.
Corte Costituzionale, sentenza 8-17 marzo 2006, n. 104.
Corte Costituzionale, sentenza 20 novembre-1 dicembre 2006, n. 399.
Corte Costituzionale, sentenza 19-23 marzo 2007, n. 104.
Corte Costituzionale, sentenza 19-23 novembre 2007, n. 401.
Corte Costituzionale, sentenza 15-23 luglio 2009, n. 232.
Corte Costituzionale, sentenza 22-26 marzo 2010, n. 120.
Corte Costituzionale, sentenza 26-28 maggio 2010, n. 186.

Corte Costituzionale, sentenza 23 giugno-22 luglio 2010, n. 278.

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 23 ottobre 1974, causa n. C-17, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 marzo 2007, causa n. 5410/2003, *Tysiak c. Polonia*.

TAR Friuli Venezia-Giulia, sentenza 22 giugno 2004, n. 291.

TAR Lazio, Roma, sez. II, sentenza 10 luglio 1996, n. 1394.

TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, sentenza 8 ottobre 2001, n. 8271.

TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 31 maggio 2004, n. 5118.

TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza 20 marzo 2006, n. 2001.

TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza 8 agosto 2006, n. 7098.

TAR Lazio, Roma, sez. II, sentenza 2 luglio 2009, n. 6376.

TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 3 novembre 2010 n. 33133.

TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, sentenza 11 luglio 2012, n. 6320.

TAR Liguria, sez. II, sentenza 13 marzo 2009, n. 311.

TAR Liguria, sez. II, sentenza 13 ottobre 2010, n. 9201.

TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza 9 dicembre 2013, n. 1114.

TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 9 gennaio 2008, n. 30.

TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 6 aprile 2009, n. 3150.

TAR Lombardia, Milano, sez. I, sentenza 10 gennaio 2012, n. 53.

TAR Marche, sentenza 11 gennaio 1997, n. 44.

TAR Puglia, Bari, sez. II, sentenza 7 febbraio 2000, n. 466.

TAR Valle d'Aosta, sentenza 19 febbraio 1997, n. 25.

TAR Veneto, sez. I, sentenza 16 dicembre 1998, n. 2509.

TAR Veneto, sez. I, ordinanza 18 giugno 2008, n. 435.

U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, Automotive Parts & Accessories Ass'n v. Boyd, 1968.

U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit, Chamber of Commerce of U.S. v. O.S.H.A., 1980.

U.S. Supreme Court, Northern District of Illinois, Field v. Clark, 1892.

U.S. Supreme Court, 5th Circuit, Panama Refining Co. v. Ryan, 1935.

U.S. Supreme Court, 2nd Circuit, U.S. v. Nova Scotia Food Corp., 1977.

U.S. Supreme Court, Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 1978.

U.S. Supreme Court, 8th Circuit, United States v. Mistretta, 1989.