



# Dal “giusto procedimento” alla democrazia di tipo partecipativo

di Paola Silvestri \*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Presupposti del giusto procedimento e il suo ancoraggio in Costituzione. – 2.1. La ricostruzione del giusto procedimento sul “modello” dell’art. 111 Cost. – 3. La funzione amministrativa sempre più democratica e trasparente. – 3.1. Il giusto procedimento nella dimensione europea. – 4. La partecipazione come forma di espressione della democrazia. – 5. Conclusioni.

## 1. Premessa

La democrazia moderna nasce e si sviluppa a partire dal Settecento sotto forma di democrazia rappresentativa; le rivoluzioni americana e francese, come già la precedente rivoluzione inglese del Seicento, hanno elaborato l’idea della rappresentanza come strumento per governare stati di larghe dimensioni fondati sulla sovranità del popolo o della nazione partendo dall’esperienza di istituti medievali. La nascita dell’idea di Stato induceva inevitabilmente a cercare nuove soluzioni organizzative di gestione del potere anche a livello territoriale, difatti gli Stati a differenza

\* Avvocata funzionaria presso il Segretariato generale del Consiglio regionale della Puglia e Dottoressa di ricerca in Istituzioni e politiche comparate presso l’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo (*double blind peer review*); il testo è stato accettato l’8 ottobre 2020.



delle piccole comunità, non potevano più essere retti con forme di democrazia diretta, come lo erano state Atene e altre *polis* greche. Con l'età liberale post-rivoluzionaria, la rappresentanza – avente il suo strumento essenziale nell'elezione degli organi di governo da parte del corpo dei cittadini da rappresentare – si è infatti estesa a tutti i paesi conquistati dagli ideali liberali.

Il concetto di democrazia rappresentativa tuttavia è fortemente legata alla creazione di un'oligarchia dirigente, tale considerazione diviene ancora più evidente quando, richiamandoci alle sue origini, non possiamo negare la natura oligarchica delle idee e delle forme istituzionali che rispecchiano il liberalismo post-rivoluzionario; difatti la democrazia rappresentativa nasce in una società ancora oligarchica e come tale governata da sistemi di suffragio elettorale ancora ristretto, il cui sistema rappresentativo è stato trasmesso agli stati nel momento in cui si democratizzavano e accoglievano il suffragio universale.

Ma quando gli ordinamenti si sviluppano in senso democratico, tende a riprodursi un analogo difetto, anche in forma diversa, con un elettorato più largo e con un funzionamento dei parlamenti e dei governi più articolato: accade infatti che il rapporto eletti-elettori (ovvero governanti-governati) si faccia difficoltoso e il controllo dei primi sui secondi diventi più problematico proprio in funzione dell'accresciuta complessità del sistema, così che la rappresentanza tende a ridursi da rapporto a pura situazione di potere.

Ragione per cui, la democrazia rappresentativa all'atto pratico non ha mai potuto far a meno, con il consolidarsi di un fenomeno nato con lo stato moderno e le grandi monarchie dell'assolutismo, di una complessa struttura amministrativa e di un ceto burocratico, e più tardi anche di uno



strato di tecnici; che induce a dover riconoscere come a fondamento pratico della democrazia rappresentativa ci sia una “duplice legittimità” sia politica che tecnica.

## 2. Presupposti del giusto procedimento e il suo ancoraggio in Costituzione

L’intera storia del diritto amministrativo potrebbe essere scritta come storia dell’autorità e dei suoi modi di esercizio, storia delle forme del potere e delle sue trasformazioni; la matrice del procedimento amministrativo è infatti da ricercarsi nell’incontro tra autorità e libertà, tra governanti e governati, senza che vi sia conflitto tra i due termini posti a confronto quanto piuttosto una simbiosi, ove il procedimento, secondo una definizione coniata da Massimo Severo Giannini riguardo l’atto amministrativo «non è solo esercizio di autorità, ma è anche misura di tale autorità e dell’altrui libertà e, per ciò stesso, garanzia della libertà di ciascuno nel rapporto regolato con il potere e con l’altro da sé» (Volpe 2006). Per questa via il procedimento si svela come strumento principe di convivenza sociale e politica.

Da qui nasce l’interesse costituzionalistico per il tema del “giusto procedimento” e del suo formale ancoraggio al testo costituzionale; entrambi i termini in cui è scomponibile la locuzione «giusto procedimento» appaiono, infatti, di per sé intrisi di un’alta valenza costituzionale.

Infatti, il procedimento amministrativo, secondo l’antica e celebre idea di Feliciano Benvenuti, è inteso nel suo *proprium* di forma tipica di estrinsecazione della funzione amministrativa attraverso la quale entrano in contatto le libertà dei cittadini e l’assetto dei poteri pubblici.



Il termine che qualifica il «procedimento» come «giusto» rievoca alla mente l'idea di voler ricercare la “giustizia” nel procedimento; ricerca, questa, che risente del perenne confronto tra concezione sostanzialistica e proceduralistica della giustizia. Difatti il giusto procedimento nel primo caso presuppone una visione ideale di giustizia, che è appunto preesistente rispetto al diritto positivo e direttamente collegato ai diritti inviolabili della persona; nel secondo caso, invece, se si osserva con la lente “proceduralista”, la giustizia non pre-esiste più al procedimento ma si realizza attraverso l'esplicarsi del procedimento stesso, ovvero attraverso la comparazione degli interessi che emergono dal caso concreto (Nigro 1996), al fine di elaborare la decisione finale. Il procedimento è inteso quindi come fine e metodo di giustizia.

In entrambi i casi, però, la locuzione «giusto procedimento» appalesa l'insufficienza del mero riconoscimento di una legalità dell'azione amministrativa, intesa come corrispondenza alla legge: da qui il tentativo, da parte della dottrina, di verificare un possibile ancoraggio al testo costituzionale del principio del “giusto procedimento” amministrativo. La ricerca, volta all'individuazione di un saldo appiglio del principio al testo della nostra Costituzione è infatti apparsa alla dottrina come utile a consentire che la “giustizia” di un procedimento potesse essere definita sulla base della sua conformità agli elementi ricavabili dal diritto costituzionale, e non già solo dalle disposizioni del legislatore, integranti il “giusto procedimento”.

Ragione questa che indusse la dottrina giuspubblicistica a essere fortemente critica nei confronti della giurisprudenza costituzionale (Allegretti 1981) che a loro dire avrebbe mancato nel desumere dalle disposizioni co-



stituzionali il principio del “giusto procedimento” nell’attività amministrativa autoritativa; autoritatività che, come evidenziato dalla stessa dottrina amministrativa, non implica l’assenza di una giusta procedura (Berti 1975).

Tuttavia, dalla lettura di alcune pronunce costituzionali, antecedenti la legge sul procedimento amministrativo, si riscontrano i segni di una progressiva, anche se lenta erosione della pregressa posizione del giudice delle leggi: segnali che, sebbene non appaiono di per sé sufficienti per favorire un sovvertimento del giudizio formulato, costituiscono tuttavia la dimostrazione dei mutamenti genetici subiti dal potere pubblico e che incoraggiano la comunità scientifica nella continua attività di stimolo e sollecitazione del Giudice costituzionale per affrontare un coraggioso ripensamento della questione del fondamento costituzionale del giusto procedimento amministrativo.

La storia della giurisprudenza costituzionale in tema di giusto procedimento parte infatti dalla nota sentenza n. 13 del 1962, con la quale la Corte per la prima volta ragiona di «giusto procedimento» come forma di estrinsecazione della funzione amministrativa piuttosto che di quella giurisdizionale; il rispetto di modalità procedurali nell’esercizio della funzione amministrativa consente infatti «gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici» e la partecipazione dei privati «sia a tutela dell’interesse del privato sia a titolo di collaborazione nell’interesse pubblico». Secondo la Corte quindi, il giusto procedimento deve costituire il «punto costante di orientamento nella legislazione e nella interpretazione ed applicazione che delle leggi fanno la giurisprudenza e la prassi»; tuttavia, pur riconoscendo al giusto procedimento il valore di «principio generale dell’ordinamento giuridico dello



Stato» la Corte costituzionale non giunge ad attribuirgli alcun appiglio costituzionale.

Negli anni seguenti le aspettative della dottrina di vedere riconosciuto a livello costituzionale il principio del giusto procedimento, quale conseguenza della pronuncia poc'anzi citata, furono deluse dalle successive pronunce della Corte: essa si pose in continuità con la linea già tracciata dalla sentenza n. 60 del 1957, negando l'esistenza di un obbligo costituzionale di distinguere il "disporre" dal "provvedere" e con ciò stesso la "configurabilità" nel nostro ordinamento costituzionale di una "riserva di amministrazione".

Un vero e proprio svuotamento del significato garantistico del principio del giusto procedimento, si ebbe con la sentenza n. 143 del 1989 della Corte costituzionale attraverso la quale, nel sancire l'ammissibilità di leggi-provvedimento regionali alle quali definitivamente si riconosceva una portata precettiva con riferimento alla sola valenza procedimentale, ne veniva incrinata la qualità stessa di principio generale dell'ordinamento giuridico.

La Corte si dimostrò, infatti, ferma nell'opporsi all'"ascesa" costituzionale del principio del giusto procedimento, limitandosi a confermarne la sua natura di principio generale dell'ordinamento giuridico e di «criterio di orientamento così per il giudice come per l'interprete»; la ragione di siffatta scelta risiede nella circostanza che «la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24, comma 1 e 113 Cost.».

In altri termini il Giudice costituzionale, aderendo a un'argomentazione di tipo autoritaria e filogiurisdizionale, giunge a ritenere il giusto



procedimento quale rimedio non costituzionalmente necessario a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione: poiché è proprio l'esistenza stessa della tutela in sede giurisdizionale a rendere superflua una tutela anticipata in sede procedimentale (Allegretti 1982, 281).

Sono queste le posizioni sulle quali muove la scelta della Corte costituzionale a non voler cogliere le sollecitazioni della comunità scientifica per un'interpretazione "evolutiva" di quelle disposizioni costituzionali che da sole avrebbero potuto consentire di dare fondamento costituzionale al giusto procedimento: ovvero gli artt. 24 e 97 della Costituzione.

In ordine al primo dei due articoli, infatti, la Consulta ritenne che il diritto di difesa garantito dall'art. 24 inerisse ai soli procedimenti giurisdizionali e non fosse, quindi, estensibile al giusto procedimento amministrativo, neppure se di carattere contenzioso, quale quello disciplinare. I principi di imparzialità e di buon andamento, nella loro visione impedirono anch'essi di fondare in Costituzione le istanze di proceduralizzazione della funzione amministrativa: il primo, perché inteso come mera parità di trattamento dei casi eguali in "attuazione concreta del principio di uguaglianza" (Corte cost. sentt. nn. 22 e 25 del 1966), ed il secondo, perché equiparato alle autoritative esigenze di "buona amministrazione" e di "ottimale funzionalità" (Corte cost. sent. n. 234 del 1985), si riteneva inidoneo a rompere con l'assetto storico dell'amministrazione pre-repubblicana.

Nel panorama giurisprudenziale appaiono poi delle pronunce che hanno scalfito con eloquenti allusioni la decisione n. 143 del 1989 della Corte costituzionale; talora hanno anche accennato a un accostamento tra il principio del giusto procedimento e gli artt. 24 e 113 Cost. In tali casi la



Corte (rif. sentenza n. 211 del 1998) dopo aver significativamente riconosciuto che «il principio del giusto procedimento [...] è strettamente collegato con la tutela delle situazioni dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri» (Corte cost., sent. n. 151 del 1986), è parsa ammettere l'estensione della giusta procedura, *sub specie* di diritto al contraddittorio, ai procedimenti amministrativi di carattere contenzioso, facendo appello «al principio di proporzionalità nella sanzione» (Corte cost., sent. n. 151 del 1986).

In questa prospettiva il procedimento è divenuto «aspetto essenziale di una complessiva garanzia costituzionale del cittadino di fronte ad interventi pubblici incidenti sulle sue posizioni soggettive, garanzia che comprende sia tutele di carattere giurisdizionale (contro gli atti nei quali si articola il procedimento), sia aspetti partecipativi, attraverso i quali al privato è consentito di intervenire nella formazione degli atti, contribuendo a dimensionare la determinazione dell'interesse pubblico» (Zanon 1998).

A tutt'altro ordine di idee paiono ispirarsi, invece, quelle decisioni che adombrano una rispondenza del giusto procedimento ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Si è trattato di manifestazioni di un *favor* espresso dalla Corte, da un lato, per la garanzia del contraddittorio nel procedimento amministrativo, richiamando ora il principio di imparzialità (Corte cost., sent. n. 17 del 1991) e di buon andamento (separatamente o insieme rif. Corte cost., sentt. nn. 57, 126 e 128 del 1995), ora la determinatezza dei tempi dell'agire dell'amministrazione (Corte cost., sent. n. 41 del 1990). Quello che pare emergere dalle allusioni della Corte costituzionale in ordine a un rapporto di «strumentalità» tra «le garanzie procedurali a presidio della difesa» e i principi di buon andamento e



imparzialità dell'amministrazione, non è un rapporto di stretta e necessaria implicazione ma di positiva influenza di meccanismi, quali la determinatezza dei tempi procedurali ed il contraddittorio, sul rispetto di quei principi.

Ciò che, comunque, sembra continuare a mancare è un nesso di derivazione del giusto procedimento dal buon andamento e dall'imparzialità.

Un'altra occasione offerta all'interprete dalla Corte costituzionale è data quando discorre di «giusto procedimento» come «partecipazione equilibrata all'esercizio della funzione amministrativa dei diversi livelli di governo coinvolti» (Corte cost., sent. n. 353 del 2001).

Si tratta in ogni caso di timidi tentativi giurisprudenziali, volti a trovare un ancoraggio costituzionale del giusto procedimento, che oscillano tra la sua preordinazione alla garanzia delle situazioni giuridiche soggettive (rif. artt. 24 e 113 Cost.) e la sua configurazione come metodo obiettivo di esercizio della funzione amministrativa (rif. «buona amministrazione» ed «esigenze di funzionalità»).

Da parte sua la dottrina pubblicistica ha cercato di volgere lo sguardo, fin da subito, all'ordinamento costituzionale per tentare di trovare degli agganci che fossero in grado di combinare insieme l'"anima" soggettivo-garantistica del principio con quella oggettivo-funzionale, e tanto al fine indirizzare il giudice delle leggi.

In un primo momento il principio del giusto procedimento è apparso alla dottrina come conseguenza del principio democratico di cui all'art. 1 Cost. ovvero, attraverso la leva della rappresentanza in crisi a livello politico, si è pensato di poterla recuperare a livello amministrativo (Allegretti 1984), creando un rapporto di stretta implicazione tra giusto procedimento e teoria democratica. L'acquisita consapevolezza della crisi in



atto ha indotto a promuovere l'acquisizione di istanze partecipative nelle funzioni statuali di carattere esecutivo, quale è quella amministrativa, obbligando così ogni tentativo di fondazione costituzionale del giusto procedimento ad una relazione con alcuni degli aspetti più intimi dell'ordinamento costituzionale, ossia con quelli che attengono al rapporto tra governanti e governati.

In seguito la dottrina si è gradualmente addentrata nella riconduzione del principio del giusto procedimento, dapprima attraverso la generica disciplina dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione, e nella sua specificazione per il tramite dell'art. 21 Cost. (Roehrssen 1987); quindi poi, nella sua diretta derivazione dal principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. (Chiti 1977, 268); fino a giungere all'estrapolazione della "giusta" conformazione del procedimento dalle disposizioni degli artt. 13, 14, 15, 16 e 42 Cost. in cui la limitazione dei diritti di libertà è garantita dall'istituto della riserva di legge, sulla base del progressivo ampliamento del contenuto del principio di legalità (Puccini 1990).

La dottrina in questo modo ha inteso sottolineare l'alta valenza garantista del principio del giusto procedimento, che in questa prospettiva diviene la forma tipica di esercizio dell'azione amministrativa, incentrata sulla coppia: funzione sociale-diritti della persona.

In questa relazione, funzione sociale – diritti della persona, la "giustizia" nel procedimento è apparsa inestricabilmente connessa al diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, ed alla garanzia della tutela giurisdizionale di cui all'art. 113, comma 1, Cost. Il diritto di difesa, in questo modo, travalicherebbe i confini della funzione giurisdizionale e si imporrebbe



anche alla funzione amministrativa che, nel perseguimento delle sue finalità istituzionali, incontra di solito le sfere giuridiche individuali; la garanzia della tutela giurisdizionale, invece, diverrebbe effettiva solo ove si consenta la difesa anche nella prodromica fase procedimentale, di cui il processo giurisdizionale rappresenta, secondo la celebre impostazione di Benvenuti, una continuazione (De Lucia 2005, 119-120).

I tentativi di agganciare la “giustizia” nella procedura amministrativa ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento si muovono, invece, all’interno del disegno costituzionale della funzione amministrativa. In questa direzione il «giusto procedimento», se inteso come partecipazione e contraddittorio, appare il mezzo utile per far emergere nell’azione amministrativa tutti gli interessi coinvolti da associare alle scelte amministrative (Nigro 1966, 67 ss); se invece è inteso in stretto legame con il principio democratico-rappresentativo e di eguaglianza, appare come l’unico strumento utile per mediare gli interessi privati nell’interesse pubblico inteso alla stregua di interesse generale sociale (Allegretti 1993). Nella seconda prospettiva, è stato poi osservato come lo sviluppo di moduli procedimentali partecipati sia funzionale alla completezza della fase istruttoria e, per quella via, alle esigenze di efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa, riconducibili al principio di buon andamento.

### *2.1. La ricostruzione del giusto procedimento sul “modello” dell’art. 111 Cost.*

L’occasione per reimpostare radicalmente i termini della questione è stata offerta alla dottrina dall’entrata in vigore della legge costituzionale n. 2 del 1999, che – come noto – ha costituzionalizzato nell’art. 111 Cost. il



principio del «giusto processo»; secondo la dottrina, infatti, l'art. 111 Cost. potrebbe essere la giusta norma per conferire quel crisma di costituzionalità che da tempo (e senza particolari successi) cerca di attribuire al principio del «giusto procedimento».

Tuttavia perché possa essere trovato un nesso tra «giusto processo» e «giusto procedimento» occorre domandarsi se l'art. 111 Cost. abbia effettivamente la forza per travalicare gli angusti confini della funzione giurisdizionale ed elevare il «giusto processo regolato dalla legge» ad archetipo della stessa funzione amministrativa.

Solo, infatti, la scoperta di una “trama processuale” comune alla giurisdizione e all'amministrazione potrebbe consentire una lettura “amministrativa” del contenuto precettivo dell'art. 111 Cost.; nell'ipotesi in cui questo tentativo non dovesse sortire gli effetti auspicati, l'art. 111 Cost. potrà sempre essere considerato un “modello” cui il legislatore deve opportunamente attenersi nello strutturare il procedimento amministrativo.

In tal caso, se osservate alla luce della teoria democratica e in particolare alla luce di quella visione processuale della democrazia che è la “democrazia deliberativa”, non risulterà vano il tentativo per l'essersi interrogati sul significato della “processualizzazione” della funzione amministrativa e con essa della realizzazione della giustizia attraverso il metodo del contraddittorio.

Il primo ostacolo che si frappone alla trasversalità delle forme del «processo» costituzionalizzato all'art. 111 Cost. è l'idea di un'irriducibile antitesi tra giurisdizione e amministrazione.

Tuttavia secondo gli studi di teoria generale del processo e gli speculari studi amministrativistici sul procedimento amministrativo, il processo al-



tro non è che una *species* del *genus* «procedimento». Difatti se confrontiamo le categorie dogmatiche attraverso le quali si è in presenza del «processo» (partecipazione al processo dei *legitimi contradictores*; comunicazione con atto recettizio del *thema disputandum* nel processo, ai fini dell'instaurazione del contraddittorio; nella pubblicità; nell'equi-ordinazione delle parti nell'allegazione dei fatti e delle prove, nonché nelle argomentazioni; nella scelta dei modi e contenuti della propria difesa; nella motivazione dell'atto finale; nella lealtà e probità dei contraddittori) con gli istituti della nostra legge generale sul procedimento amministrativo, non possiamo non riconoscere come il nostro ordinamento abbia realmente assistito alla trasfigurazione del «procedimento» amministrativo in «processo»; circostanza questa che avrebbe indotto taluni studiosi a ritenere che il «processo amministrativo» non sarebbe più solo quello giurisdizionale (Fazzalari 1986).

Istituti di diritto positivo come la motivazione dei provvedimenti amministrativi, il termine del procedimento, la comunicazione di avvio, la partecipazione mediante audizione e presentazione di documenti e memorie, richiamano alla mente i *substantialia processus* (Corte di Cassazione, sent. n. 7341 del 2002), ma è nelle recenti modifiche apportate alla legge n. 241 del 1990 che si rinvencono segni ancora più evidenti della tendenza alla “processualizzazione” della funzione amministrativa, il riferimento è all'art. 10-*bis* il quale sembra trasporre nel procedimento amministrativo l'istituto dell'“informazione di garanzia” tipica del procedimento penale.

A conclusioni non dissimili sembrano, del resto, condurre le sollecitazioni della migliore dottrina amministrativista che, misuratasi sull'argomento, ha osservato come le forme sono nel diritto mezzi, strumenti, cosicché non vi può essere alcuna ragione, logica o giuridica, per negare che



anche l'amministrazione attiva (di primo grado) si possa esercitare nelle forme del processo (Giannini 1962, 112).

Questa l'intuizione di Feliciano Bevenuti che ha, poi, trovato ulteriore affinamento nell'opera di sistematizzazione dei rapporti intercorsi tra procedimento e processo condotta da Mario Nigro, il quale individuava tre modi, storicamente verificatisi, di interrelazione tra procedimento e processo: la prima, propria della concezione classica della scienza del diritto amministrativo e contestuale alla stessa elaborazione concettuale del procedimento, di assoluta separatezza o indifferenza tra forme di procedimento e di processo; la seconda, tipica delle esperienze austriaca e statunitense, di rigida alternanza; la terza, accolta nella nostra Costituzione repubblicana, di "complementarietà" e "integrazione" (se non addirittura di "strumentalità"). Tipico di quest'ultimo modello è la conformazione dell'amministrazione «secondo fini di giustizia e metodi di giustizia», vale a dire la sua apertura alla partecipazione e, cioè, in sintesi, la processualizzazione dei suoi metodi di azione.

Non mancano tuttavia le opinioni più critiche tra chi, teorici generali del processo e amministrativisti, interrogandosi sui rischi legati ad una eccessiva diffusione del processo nell'esercizio delle funzioni amministrative ha intravisto possibili conseguenze negative in termini di celerità e speditezza dell'azione amministrativa e di sindacato in sede giurisdizionale.

Timori, questi, solo parzialmente superati, dalle argomentazioni del Nigro che riconosce come «la disciplina paraprocedurale del procedimento, lungi dal ridurre il sindacato giurisdizionale ad un mero, formalistico, controllo di legittimità dell'azione amministrativa, contribuisce a rendere effettiva la tutela giurisdizionale, "soggettivizzando" gli interessi



coinvolti e definendo, anticipatamente, gli elementi di fatto e di diritto dell'episodio amministrativo».

Le argomentazioni sopra esposte offrono, dunque, un'interpretazione dell'art. 111 Cost. che oltrepassa i confini della funzione giurisdizionale e fornisce una veste costituzionale al "processo"; esse, infatti, si scontrano con l'interpretazione letterale ed intenzionale che dell'art. 111 Cost. viene data dalla restante parte della dottrina la quale fa notare come l'art. 111 Cost., non solo sia contenuto nel documento costituzionale all'interno della Sezione II denominata "Norme sulla giurisdizione", ma al comma 1, del citato articolo, specifica in modo chiaro ed inequivocabile, l'ambito materiale di applicazione relativo al metodo di "attuazione" della sola giurisdizione (Cecchetti 2001). D'altra parte neppure la lettera del comma 2, dell'art. 111 Cost., che esordisce con il richiamo a «ogni processo» ovvero la consapevolezza, da parte della dottrina costituzionalistica, della «fallacia intenzionale» e del «vizio genetico» sembrano offrire all'interprete un utile spunto all'ancoraggio dell'interpretazione dell'art. 111 Cost.

Tuttavia, come ha rilevato la dottrina costituzionalistica, la lettera dell'art. 111 Cost. – diversamente dall'orizzonte in cui si muove l'art. 24 Cost. – delinea chiaramente il processo, e con esso i suoi connotati essenziali, più come canone obiettivo di esercizio della funzione che come garanzia di situazioni giuridiche soggettive. Pertanto una lettura obiettivata dell'art. 111 Cost. permetterebbe di estendere la copertura costituzionale del "metodo" processuale anche al di fuori della funzione giurisdizionale, senza snaturare l'istituzionale preordinazione della funzione amministrativa.

Ciò posto si può concludere osservando che, se da un lato appare insormontabile ogni tentativo volto a dare fondamento costituzionale al



giusto procedimento per il tramite dell'art. 111 Cost., dall'altro lato non vi sono ragioni per non ritenere che la norma costituzionale in questione soddisfi tale aspettativa meglio di altre disposizioni della Costituzione che sino ad oggi sono state scomodate dall'interprete nel tentativo di ricondurre a Costituzione il giusto procedimento.

Difatti la ricostruzione del giusto procedimento sul "modello" dell'art. 111 Cost., in cui esigenze di difesa e di efficienza convivono nel duplice, antinomico, richiamo alle garanzie del contraddittorio paritetico e della ragionevole durata, consente una adeguata sintesi tra le due anime difensivo-garantista e efficiente-funzionale ricomprese nella disciplina costituzionale dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.

### **3. La funzione amministrativa sempre più democratica e trasparente**

È quindi attraverso questa continua tensione nel rapporto tra governanti e governati che con il passare del tempo, e in particolare a partire dagli inizi degli anni Novanta del XX secolo, che si assiste al progressivo affermarsi di una visione sempre più democratica e trasparente della funzione amministrativa che a sua volta conduce a un'idea di amministrazione non più fortemente gerarchizzata, ma intesa come un'organizzazione pubblica le cui finalità sono al tempo stesso l'interesse del singolo e della collettività.

Questo percorso di rinnovamento nel rapporto tra amministrazione e cittadini, voluto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, si è reso possibile dapprima attraverso la valorizzazione delle autonomie e successivamente con la codificazione dei principi di partecipazione in funzione



collaborativa ai processi decisionali e alla fase istruttoria; del resto, come è stato sapientemente osservato dal F. Satta, poco prima dell'approvazione della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, «non esiste accertamento di fatto che possa avvenire in forma compiuta se ad esso non contribuiscano, in termini dialettici, tutti coloro che vi hanno interesse» (Satta 1989).

Infatti, in assenza di un appiglio costituzionale cui fare riferimento per fare discendere l'istituto della partecipazione all'interno del procedimento amministrativo e dopo decenni di discussioni della dottrina e della giurisprudenza sulla regola del giusto procedimento, la soluzione è arrivata per via legislativa con l'approvazione della prima legge sul procedimento amministrativo: essa ha introdotto in Italia una nuova concezione di amministrazione in linea con i principi della Costituzione.

L'intervento normativo ha segnato una svolta epocale nel rapporto tra garanzie procedurali e gestione efficiente e trasparente della cosa pubblica; il procedimento amministrativo, inteso come insieme eterogeneo di atti funzionalmente orientati alla produzione di effetti giuridici, è divenuto così un momento di verifica e strumento di equo contemperamento degli interessi, sia pubblici che privati coinvolti nella relativa funzione.

La distanza tra governanti e governati è stata colmata mettendo questi ultimi nelle condizioni di poter partecipare alla formazione delle decisioni finali e contestualmente divenendo titolari di pretese azionabili nei confronti dello Stato-amministrazione (Cerulli Irelli 1997, 418). Di contro è venuta a determinarsi una riduzione della discrezionalità e del potere autoritativo nell'attività provvedimentale dell'amministrazione (Savino 2002, 2286); ragione per cui l'individuazione di una sede di composizione di contrapposti interessi pubblici e privati e l'individuazione di un ruolo



di garanzia partecipativa viene fatta ricollegare agli art. 1, 2 e 3, comma 2, della nostra Costituzione. È quindi la migliore definizione dell'interesse generale e non più quello del singolo soggetto, la finalità sottesa alla partecipazione dei titolari degli interessi nel procedimento amministrativo (Cons. di Stato, sent. n. 6959 del 2004).

La legge sul procedimento amministrativo è nota anche come prima legge sulla trasparenza in ragione della quale deve essere garantita non solo la conoscibilità esterna dell'azione amministrativa e della controllabilità e accessibilità ai suoi atti e documenti, ma anche la diretta correlazione tra tale principio è quello di imparzialità determinabile sia dal divieto di aggravamento della procedura, sia dall'obbligatorietà della motivazione dei provvedimenti.

Il principio di imparzialità, come quello di trasparenza, è stato sempre ritenuto sussistente nel nostro ordinamento giuridico, esso presenta infatti forti legami con l'uguaglianza; tuttavia, la sua espressa menzione tra i principi generali della legge fondamentale del procedimento amministrativo, risponde a un disegno di più ampio respiro ovvero trasforma l'imparzialità da valore costituzionale immanente nell'ordinamento giuridico a strumento concreto attraverso il quale garantire al cittadino la certezza che la P.A. agisca esclusivamente in modo equo e ponderato.

L'imparzialità assurge in questo modo a "precepto" la cui violazione comporta conseguenze dirette e immanenti nei confronti dell'attività amministrativa; per cui è come se il legislatore avesse cristallizzato una forma di tutela anticipata in sede amministrativa rendendo ancora più formale il "controllo popolare" sull'attività dell'amministrazione. La partecipazione diviene così funzionale alla stessa imparzialità.



La legge sul procedimento amministrativo meglio di ogni altra esalta il momento partecipativo e il principio del contraddittorio attraverso ad esempio il c.d. “preavviso di rigetto”, contemplato nell’art. 10-bis e introdotto a seguito di un intervento di modifica del testo della legge n. 241 del 1990, intervenuto con legge n. 15 del 2005.

Solo per citare alcuni degli aspetti positivi, con l’introduzione dell’istituto del preavviso di rigetto, gli interessati possono cercare di indurre l’amministrazione a rivedere la propria decisione, deflazionando sensibilmente il contenzioso giurisdizionale. Non si tratta, come qualcuno avrebbe pensato, di una trattativa tra amministrazione e soggetto interessato ovvero di un accordo sostitutivo del provvedimento finale (Bottino 2005, 419), ma di una forma di anticipazione del provvedimento finale negativo, a seguito della quale comunicazione può aprirsi un’ulteriore, eventuale fase endoprocedimentale interruttiva dei termini di conclusione del procedimento (Cons. St., sent. n. 4828 del 2007).

Si tratta, nella sostanza, di una fase “pregiustiziale” in cui l’interessato interviene a sostegno delle proprie ragioni per meglio orientare le scelte dell’amministrazione procedente prima che il giudice diventi l’unico «titolare del sindacato sulla legittimità dell’atto impugnato» (Toschei 2005, 65).

### *3.1. Il giusto procedimento nella dimensione europea*

Spostandoci in una dimensione sovranazionale possiamo riscontrare come la giurisprudenza europea da tempo abbia attribuito al giusto procedimento il valore di principio generale di diritto comune per gli Stati-



membri, non mancando talora di qualificarlo come principio fondamentale del diritto dell'Unione.

L'importanza riservata al giusto procedimento, sul piano europeo, passa attraverso le sue varie declinazioni: dal principio della parità delle armi tra i soggetti coinvolti nel procedimento a quello dell'*audita altera parte*, ai quali vanno aggiunti quello relativo alla doverosità dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi ed infine al coinvolgimento dell'individuo tramite la partecipazione.

In questa ricostruzione hanno assunto importanza, oggi, le disposizioni contenute sia nella Carta dei diritti fondamentali (in seguito anche Cdf Ue, rif. art. 41), sia nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (rif. art. 6).

Difatti, dopo la costituzionalizzazione del diritto amministrativo europeo (Provenzano 2014) intervenuta attraverso il Trattato di Lisbona del 2009, l'art. 41 della Cdf Ue ha assunto il ruolo di fonte di garanzie essenziali nell'ambito del procedimento (Bifulco et al. 2001, 285) nella misura in cui ha riconosciuto il diritto ad una buona amministrazione in capo a ciascun individuo. Nel sistema delle fonti europee, l'art. 41 Cdf Ue, rappresenta quindi il canone fondamentale al quale gli Stati-membri devono attenersi per valutare la conformità della disciplina procedimentale al parametro del diritto dell'Ue.

I due diversi profili evolutivi verso cui si indirizza il principio del giusto procedimento: il primo, di natura strettamente procedurale (quale principio generale del diritto dell'Ue (Nicoletti 2006, 783), e il secondo, di natura sostanziale (quale riconoscimento al singolo di una specifica posizione giuridica tutelata dall'ordinamento), emergono proprio dall'art. 41 Cdf Ue.

La codificazione tra i diritti fondamentali della persona di un diritto a carattere amministrativo come il diritto a una buona amministrazione con



il suo apparato di garanzie, che si aggiunge al contenuto classico della cittadinanza politica e concorre alla creazione di una cittadinanza amministrativa europea, è stata un'innovazione nel panorama giuridico dell'Unione (Celone 2017).

L'art. 41 Cdf Ue riconosce, infatti, in capo a ciascun individuo: il diritto alla ragionevolezza dei tempi procedimentali, all'imparzialità<sup>1</sup> e all'equità delle decisioni amministrative; il diritto di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio; il diritto di accesso ai documenti che lo riguardino nel rispetto della riservatezza e del segreto professionale nonché l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. In questo ultimo caso la motivazione degli atti deve essere necessariamente comunicata all'interessato<sup>7</sup> contemporaneamente alla decisione che gli arreca pregiudizio non essendo possibile una sua omissione né tale omissione può essere sanata dal solo fatto che l'interessato ne sia venuto a conoscenza nel corso del procedimento innanzi al giudice dell'Unione; in tal caso l'autorità giudiziaria interessata deve perciò limitarsi ad un controllo di legittimità dell'atto impugnato senza la possibilità di porre rimedio all'eventuale assenza di motivazione, integrandola, aggiungendo o sostituendo elementi che non derivano dalla stessa decisione impugnata.

Sotto una diversa angolazione, la Cedu, tenuto conto dell'interesse maturato nel riconnettere anche le questioni di tipo pubblicistico a una disciplina puntuale sulle garanzie dell'equo processo applicabili al procedi-

<sup>1</sup> Con riguardo all'obbligo di imparzialità, si segnala l'intervento valorizzatore della Corte di Giustizia in cause riunite 6, marzo 2003, T-228/99 e T-233/99 .



mento, nell'art. 6 par. 1 esplicitamente dispone il diritto di ciascuna persona «a che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti» (Pedullà 2019).

Si tratta, in questo caso, di applicare in sede procedimentale le stesse garanzie applicabili alla fase giurisdizionale, connotata dalla tutela dell'“equo processo” assumendo così rilevanza tutto ciò che può garantire il pieno esercizio del diritto di difesa del cittadino, cominciando dal suo diritto di partecipazione nel procedimento sino alla previsione di un suo vero e proprio diritto alla trasparenza dell'agire dell'amministrazione, con conseguenziale obbligo alla motivazione degli atti provvedimenti: il tutto quale corollario di un ampio diritto di difesa.

L'approccio di tipo sostanzialistico offerto dalla Corte di Strasburgo determina che le garanzie codificate all'art. 6 Cedu debbano essere compensate in fase giurisdizionale laddove non siano state debitamente tutelate in fase procedimentale. L'operatività di tale intervento *ex post* comporta che il giudice subentri nel pieno esercizio dei poteri conferiti all'amministrazione, in applicazione alle garanzie dovute dall'art. 6 Cedu. Tale interpretazione vede un superamento del carattere di specialità della norma amministrativa, al fine di accogliere una visione volta all'ampliamento delle tutele del cittadino con carattere estensivo rispetto a quelle previste sul piano interno.



#### **4. La partecipazione come forma di espressione della democrazia**

L'essenza del diritto di partecipare all'azione amministrativa risiede, quindi, in una attività di controllo, né preventivo e né successivo, ma contemporaneo al procedimento ancora in corso; attività, questa, volta a verificare il corretto uso del potere discrezionale nonché l'opportunità del provvedimento finale. Oggetto del controllo non sono quindi i singoli atti bensì l'attività amministrativa nel suo complesso, in quanto la finalità è quella di verificare il conseguimento degli obiettivi prefissati anche attraverso l'osservazione del rapporto tra costi e risultati (Miele 1999).

Questa particolare forma di controllo può essere riferita alla partecipazione intesa sia in senso stretto, come conseguenza del Capo III della legge n. 241 del 1999, sia in senso lato, quale conseguenza di altri istituti di recente introdotti nel nostro ordinamento giuridico e disciplinati nel Testo unico sulla trasparenza amministrativa (d.lgs. n. 33 del 2013) come l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato, attraverso l'esercizio dei quali emerge chiaramente il principio di democraticità, che trova il suo fulcro in un rapporto diretto e privilegiato tra la comunità e il cittadino, da un lato, e l'amministrazione, dall'altro.

Difatti, nell'ottica di assicurare forme di controllo dell'azione dei soggetti pubblici, di recente il legislatore nazionale ha introdotto appositi obblighi di pubblicazione delle informazioni in possesso delle PP.AA. a garanzia del quale adempimento, con l'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. "Testo unico della trasparenza amministrativa"), è stato individuato l'istituto dell'accesso civico semplice; a causa del suo limitato ambito di applicazione il legislatore con il d.lgs. n. 97 del 2016 (intervenuto in attuazione della "riforma Madia", l. n. 124 del 2015) ha apportato delle modifiche



all'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013. Si è pure introdotta, con l'art. 5-*bis*, una nuova forma di accesso civico che è stata ribattezzata «accesso civico generalizzato o universale» dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione (Anac), ma che di fatto introduce nel nostro ordinamento il c.d. FOIA (*Freedom of Information Act*), ispirato al *right to know* di tradizione anglosassone che qualifica la trasparenza alla stregua di un indispensabile strumento diretto a garantire la pubblicità delle informazioni che riguardano le P.A., nella prospettiva di riconoscere alla trasparenza amministrativa le caratteristiche di un diritto umano fondamentale spettante a chiunque.

In particolare il legislatore, modificando l'art. 5, al comma 2, ha previsto che «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'art. 5-*bis*».

Assistiamo quindi al farsi strada, nel nostro ordinamento pubblico, di nuove forme di manifestazione della democrazia partecipativa che attraverso l'obbligo generalizzato imposto alla P.A., di garantire la conoscibilità di informazioni, dati e documenti pubblicati *online* sta trasformando in modo rilevante il tradizionale rapporto tra cittadino e Stato dirigitico, verticistico e autoritativo.

Si tratta tuttavia di forme di democrazia distinte rispetto a quella a cui abitualmente ci riferiamo, la democrazia è infatti una realtà ben più complessa non riducibile alla sua elementare espressione di fenomeno della rappresentanza e delle elezioni: ridurla a questa dimensione vorrebbe



dire darne una «definizione minima» (Bobbio 1990). Essa è l'effetto di tappe storiche non indolori, è fatta del riconoscimento dei diritti di libertà delle persone e delle formazioni sociali; dell'uguaglianza formale e da un certo punto in avanti anche di quella sostanziale che si avvale della tutela di diritti sociali sia materiali che culturali; della tutela delle minoranze e del più vasto pluralismo sociale, religioso, culturale; della soggezione dello stato, inclusi gli atti legislativi, al diritto, garantita da magistrature indipendenti e specializzate, civili, penali, amministrative e costituzionali; dell'esistenza di una pluralità di autorità e, oltre quelle centrali, di una pluralità di livelli locali di governo, le une e gli altri in rapporto tra loro di distinzione di competenza e di possibilità di dialettica; inoltre, a seguito di recenti contrastati sviluppi va accettando di vincolare le attività internazionali dello stato a organizzazioni mondiali e continentali in funzione di pace e giustizia tra i popoli.

La sua complessità non toglie valore, anzi, sembra incrementare il costante riprodursi al suo interno di situazioni critiche che oggi vanno ben oltre quelle crescenti in ambito di rappresentanza politica, e che riguardano tutti gli aspetti richiamati: dalla crisi dei diritti di libertà a quella dell'uguaglianza e dei diritti sociali, alle difficoltà nei rapporti con le minoranze, alla crisi che investe la legalità sovrapponendovi una serie di illegalità e scorrettezze, ai rapporti problematici tra i vari poteri dello stato e tra i poteri centrali e i poteri locali, fino alle crisi nelle relazioni internazionali divenute globali e tali da produrre effetti sconvolgenti sulla vita interna delle singole democrazie.

Emerge quindi con evidenza come nelle moderne democrazie, la teoria classica della rappresentanza, mostri i segni del tempo ed esiga la speri-



mentazione di nuove forme di democrazia diretta, da attuarsi preferibilmente attraverso un confronto paritario e trasparente che conferisca nuova luce ai processi decisionali.

Appare a tal punto utile offrire una definizione delle altre forme di democrazia note al nostro ordinamento e che Luigi Bobbio riconduce alla democrazia deliberativa e partecipativa: «Le numerose esperienze pratiche che si richiamano alla democrazia deliberativa si fondano su due pilastri: da un lato l'uso del confronto argomentato, dall'altro l'inclusione di tutti gli interessi e i punti di vista che sono toccati dall'oggetto della discussione. La democrazia deliberativa è, quindi, una forma di democrazia partecipativa, ma i suoi contorni sono più circoscritti e più definiti. Esclude la pura e semplice azione di pressione dei movimenti o delle associazioni sulle istituzioni (che invece la democrazia partecipativa sembrerebbe ammettere) e pretende che tra i diversi punti di vista si instauri un confronto dialogico. Richiede inoltre che la discussione si svolga in forma aperta e generalizzata, ossia che tutti i punti di vista presenti nella società siano presenti nella discussione in condizione di effettiva parità, mentre questo requisito non è sempre esplicitato nelle formulazioni – specie in quelle più “politiche” – della democrazia partecipativa».

Parlando di democrazia partecipativa ci si riferisce, citando Umberto Allegretti, a «un relazionamento della società con le istituzioni» che comporta «un intervento di espressioni dirette della prima nei processi di azione delle seconde» (Allegretti 2006). «Ma come può svolgersi questo relazionamento? Quali e quante facce può assumere? Quali vantaggi e quali rischi comporta ciascuna di esse? La mia impressione è che non ci troviamo di fronte a una forma di democrazia, ma piuttosto di fronte a



insieme eterogeneo, contraddittorio e informe di aspirazioni, linee di tendenza e orientamenti politici che cercano spesso solo a parole, qualche volta anche con concrete esperienze, di aprire qualche breccia nella cittadella del governo rappresentativo» (Bobbio 2006).

La funzione di garanzia svolta dal c.d. controllo sociale rende quindi il cittadino più consapevole dell'importanza del suo ruolo nella società e ne accentua il suo senso di appartenenza alla comunità; anche i rapporti tra utente e amministrazione ne risultano profondamente migliorati, in quanto l'azione amministrativa diviene sempre più «visibile e comprensibile». Nasce così un nuovo concetto di «cittadinanza attiva» (Licciardello 2000, 172) secondo il quale i cittadini che costituiscono «una componente attiva del sistema» favoriscono un cambiamento radicale dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione; difatti, la complessità degli interessi, la mediazione politica ed il potere discrezionale richiedono sempre di più l'impulso e la continua verifica da parte dei cittadini, i quali, non sono più intesi come meri destinatari di norme, ma vengono ora posti di fronte a delle scelte pubbliche. Il cittadino ha quindi diritto di partecipare attivamente all'azione dei pubblici poteri per fornire apporti, confrontare anche altri interessi, controllare risultati, esprimere il proprio livello di soddisfazione o insoddisfazione e "legittimare" in tal modo l'amministrazione.

Un grosso contributo al raggiungimento di tale attiva partecipazione del cittadino è dato dall'uso delle nuove tecnologie promosso dal legislatore nell'art. 9 del d.lgs. n. 82 del 2005, c.d. Codice dell'amministrazione digitale, secondo il quale: «lo Stato favorisce ogni forma di uso delle



nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi».

Il quadro appena descritto, frutto di un progressivo mutamento culturale, richiede un assetto organizzativo rispondente alle odierne esigenze e aspirazioni dei cittadini; pertanto il modulo autonomistico, incentrato sulle amministrazioni territoriali più vicine al cittadino (c.d. democrazia partecipativa) appare essere quello più adeguato.

La democrazia partecipativa è un modello che è stato per troppo tempo dimenticato in quanto basata su di un altro tipo di democrazia, quella liberale; la democrazia partecipativa serve infatti ad avvicinare di più il cittadino (ma anche le organizzazioni civiche) all'interesse pubblico facendolo discutere insieme ad altri soggetti privati allo scopo di ricreare il simbolo della piazza (ovvero dell'agorà) inteso come punto di ritrovo per scambiare informazioni e opinioni.

Perché ciò sia possibile, la democrazia partecipativa non può prescindere dal decentramento istituzionale e amministrativo e dalla diffusione dei poteri sul territorio.

Il principio che nel privilegiare la prossimità dei rapporti tra cittadini e amministratori, inverte i criteri di attribuzione delle funzioni assegnando le competenze agli organi più vicini alla comunità e sposta l'attenzione sui bisogni da soddisfare, inserendo canoni di uguaglianza tra i soggetti interessati, è noto con il nome di principio di "sussidiarietà". In virtù di tale formula le autorità di livello gerarchico superiore si sostituiscono a quelle di livello inferiore solo quando queste ultime non siano in grado di compiere gli atti di propria competenza.



Presente già nel diritto europeo, tale principio ha assunto la natura di principio costituzionale a seguito della riforma del Titolo V della nostra Carta costituzionale (rif. legge costituzionale n. 3 del 2001). Esso non si limita a svolgere una mera funzione di riparto delle competenze, in senso verticale e orizzontale, e a privilegiare la prossimità territoriale, ma esprime una nuova idea di Amministrazione nonché un criterio ispiratore di un processo di democratizzazione dei poteri pubblici, in funzione sociale (Frosini 2004, 4).

Tale teoria giunge a riconoscere una sfera di competenza in cui il cittadino può provvedere autonomamente ovvero incidere significativamente nell'ambito di un procedimento destinato a sfociare in un provvedimento con il quale si cura contemporaneamente l'interesse pubblico e quello particolare.

Tuttavia enunciare il principio partecipativo senza indicare gli ulteriori strumenti attraverso il quale poter realizzare l'idea di giustizia nell'azione amministrativa equivale a descrivere una scatola vuota; il "dibattito pubblico" è la risposta che la Francia ha dato all'istituzionalizzazione a livello sovranazionale del principio di partecipazione (Amirante 2002), nonché il modello che il legislatore italiano ha scelto di replicare nel nostro ordinamento introducendolo (dopo diversi tentativi andati a vuoto) nell'art. 22 del d.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. "nuovo codice degli appalti").

Tra gli altri dispositivi applicativi più noti della democrazia partecipativa, oltre i dibattiti pubblici di tipo francese, figurano i bilanci partecipativi, certe forme di giurie civiche e le valutazioni ambientali partecipate dai cittadini.

Nonostante il nostro ordinamento non sia sfavorevole agli istituti di partecipazione, la disciplina del dibattito pubblico non pare essere stata



ancora completata; migliore riscontro in termini di partecipazione si è avuto invece negli ordinamenti regionali e in particolare in quello della regione Puglia, una delle prime in Italia ad avere approvato la “legge sulla partecipazione” (l.r. n. 28 del 2017 e il relativo regolamento di attuazione n. 13 del 2018). Con tale intervento il legislatore regionale, al fine di promuovere e sostenere la sovranità popolare prevista dall’art. 1 della nostra Costituzione, ha inteso rendere ordinari gli strumenti di ascolto e di coinvolgimento dei cittadini che vogliono essere protagonisti delle scelte fondamentali, tra i quali vengono indicati il dibattito pubblico per le grandi opere (art. 7), la sessione annuale del Consiglio regionale, il *Town meeting* e il *Citizen meeting* (art. 8), nonché il diritto di tribuna (art. 12).

Il principio partecipativo-democratico tuttavia non deve essere confuso con la sussidiarietà orizzontale rispetto al quale la partecipazione è uno strumento fondamentale ma non la sua unica ed esclusiva declinazione (Allegretti 2006).

Difatti, pur rientrando entrambe nel rapporto tra stato e società, diverse sono le differenze che si possono riscontrare nel rapporto tra “forme” di democrazia partecipativa e c.d. “sussidiarietà orizzontale” prevista in Costituzione. Tra queste differenze ricordiamo: il rapporto tra il “fare” ed il “decidere”; il rapporto tra la partecipazione finalizzata alla produzione di soluzioni migliori da parte delle istituzioni e la partecipazione finalizzata al “governo” della società; il rapporto tra il diritto a essere consultate delle “parti interessate” e il potere di intervento delle organizzazioni civiche; il rapporto tra relazioni di tipo bipolare (Kohler-Koch 1999) e relazioni di tipo circolare; il rapporto tra approccio sistemico e approccio operativo (Moro 2002).



In alcune pronunce il giudice amministrativo, invece, ha intravisto dei punti di contatto tra i due “fenomeni” indagati. Un esempio di richiamo del principio di sussidiarietà orizzontale in chiave “rafforzativa”, difatti, si ritrova con riferimento alla partecipazione dei privati, singoli e associati ai procedimenti amministrativi.

In questo senso, sono stati considerati attuazione dell’art. 118, comma 4 Cost.: a) l’istituto della comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza di cui all’art. 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241; b) la partecipazione di un’associazione di categoria al procedimento per la definizione degli orari degli esercizi commerciali e per la disciplina delle deroghe alle chiusure domenicali e festive; c) le osservazioni presentate dal privato proprietario nell’ambito di un procedimento di approvazione di progetto preliminare per lavori di riqualificazione urbana, con conseguente apposizione di un vincolo preordinato all’espropriazione del bene culturale di interesse storico artistico di sua proprietà.

In tale prospettiva, dunque, le pubbliche amministrazioni dovrebbero preferire quei modelli procedurali che consentano il coinvolgimento diretto dei singoli e dei gruppi sociali; questi ultimi sono infatti chiamati a co-gestire la funzione amministrativa, secondo il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale.

Sebbene sia innegabile che tale indirizzo possa condurre a una revisione di molte impostazioni tradizionali circa il valore e il senso degli istituti di partecipazione procedimentale, soprattutto quando questi garantiscano effettivamente un rapporto paritario tra amministrazione e amministrati; non convince, invece, questa assimilazione tra principio di sussidiarietà orizzontale e partecipazione ai processi decisionali fondata sull’implicito collegamento tra l’iniziativa di cui all’art. 118, comma 4



Cost. e l'iniziativa costituzionale intesa quale partecipazione democratica di cui, tra gli altri, agli artt. 3, 71 e 123 Cost.

## 5. Conclusioni

Negli ultimi anni il bisogno di partecipazione, rivolto ora al solo procedimento amministrativo ora alla elaborazione di politiche pubbliche regionali e locali, è stato da molti interpretato come fattore indicativo di una situazione di crisi-sfiducia nei confronti delle istituzioni, della politica e dei partiti politici che, con il tempo, si è tradotta in una maggiore richiesta di democrazia diretta in luogo di quella rappresentativa o, come l'avrebbe definita Bernard Manin, «democrazia del pubblico» (Manin 2010).

Tuttavia è bene fare presente che, nonostante la crisi in atto rafforzi la necessità di una rappresentanza politica e di una centralità del Parlamento, inteso quale unico luogo in cui è possibile ridurre ad unità i conflitti sociali e le degenerazioni del pluralismo (Luciani 2001), il sistema rappresentativo dovrà essere arricchito con la previsione e il rafforzamento di forme di democrazia diretta e, *a fortiori*, partecipativa.

Il perseguimento di forme di democrazia partecipativa, infatti, appare un obiettivo irrinunciabile, al fine di ampliare la base e il livello di condivisione delle scelte politiche; ma la democrazia partecipativa, sebbene sia preferibile alla forma di democrazia diretta, non potrà (dovrà) comunque sostituirsi a quella rappresentativa e, ancor meno, potrà porsi in antitesi o in competizione con gli altri aspetti della democrazia costituzionale (tutela dei diritti fondamentali, pluralismo dei poteri e superiorità della costituzione).



D'altro canto la democrazia diretta, che concettualmente presuppone l'assenza di intermediari tra cittadino e istituzioni e la partecipazione di tutti i cittadini alle decisioni pubbliche, si risolve in un mero ideale assolutamente inapplicabile nella società contemporanea, sia per la complessità dell'ordinamento e sia perché la maggioranza della popolazione è disinformata e disinteressata alla politica; forme di partecipazione spontanea si riducono, infatti, solo a quelle poche occasioni in cui la politica va a toccare direttamente gli interessi personali.

Come da più parti sostenuto, neppure la "globalizzazione informatica" si è rivelata un mezzo efficace per incrementare la partecipazione politica e la democrazia diretta (Wol 1999). Le comunità (sia *online* che *offline*) sono caratterizzate, infatti, da una diseguaglianza partecipativa, ovvero, vi sono pochissime persone che partecipano attivamente, mentre la maggioranza si limita ad osservare e fruire, senza contribuire al risultato dell'attività comune.

Numerosi sono i dubbi e le incertezze circa la reale efficacia e portata innovativa di taluni istituti giuridici, introdotti all'interno del nostro ordinamento giuridico al fine di favorire nuove forme di partecipazione democratica, e quindi con lo scopo di restituire alla politica il ruolo centrale di effettivo mediatore dei conflitti sociali. È ragionevole ritenere infatti che se la richiesta è quella di favorire una partecipazione dei cittadini a tutte le scelte che li riguardano, tale richiesta è da ritenersi «sostanzialmente insensata», come diceva Norberto Bobbio nel suo libro *Il futuro della democrazia* del 1984.

Bobbio, infatti, prima che il *web* fornisse soluzioni tecnologiche per la partecipazione politica, nell'esprimere la sua opinione sulla democrazia diretta precisava:



se per democrazia diretta s'intende alla lettera la partecipazione di tutti i cittadini a tutte le decisioni che li riguardano, la proposta è insensata. Che tutti decidano su tutto in società sempre più complesse come sono le società industriali moderne è materialmente impossibile. Ed è anche umanamente, cioè dal punto di vista dello sviluppo etico e intellettuale dell'umanità, non auspicabile. [...] Ma l'individuo rousseiano chiamato a partecipare dalla mattina alla sera per esercitare i suoi doveri di cittadino sarebbe non l'uomo totale ma il cittadino totale. E il cittadino totale non è a ben guardare che l'altra faccia non meno minacciosa dello stato totale. [...] Il cittadino totale e lo stato totale sono le due facce della stessa medaglia, perché hanno in comune, se pur una volta considerato dal punto di vista del popolo, l'altra volta dal punto di vista del principe, lo stesso principio: che tutto è politica, ovvero la riduzione di tutti gli interessi umani agli interessi della *polis*, la politicizzazione integrale dell'uomo, la risoluzione dell'uomo nel cittadino, la completa eliminazione della sfera privata nella sfera pubblica, e via dicendo (Bobbio 1984).

A ogni buon conto, fin dalla Grecia classica, è risaputo che la democrazia non si è mai pienamente realizzata in maniera stabile, ma si è quasi sempre tradotta, al meglio, in un sistema misto di governo del popolo e di un'oligarchia; al peggio, ha generato il ritorno a forme di governo autoritario pur basate sull'appello alla sovranità popolare (Allegretti 2010). Pertanto, affinché l'apertura di percorsi e dialettiche nuovi per l'affermazione di interessi generali possa dare dei buoni risultati, è opportuno che gli attori sociali (capaci di influenzare gli ambienti in cui prendono l'iniziativa) siano dotati di una radicata cultura dei diritti sociali e dell'autonomia e delle responsabilità anche individuali. Potranno crearsi così nuove alleanze con operatori del diritto e delle amministrazioni, e con attori propriamente politici che lottano per la riforma del sistema e contro corruzioni e sprechi.



*Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review*  
ISSN: 2239-804X

*anno X, n. 2, 2020*

*data di pubblicazione: 13 ottobre 2020*

*Osservatorio sulla normativa*

È attraverso l'interazione tra questi processi che si renderanno possibili i mutamenti, finora percepiti come molecolari, per divenire poco alla volta parte di processi di trasformazioni più ampi che a loro volta genereranno mutamenti di sistema.



## Bibliografia

Allegretti, U. (1981), *La Corte costituzionale e l'amministrazione: un bilancio al 1981*, in *Le Regioni*, p. 1181 ss.

Allegretti, U. (1982), *Corte costituzionale e Pubblica amministrazione*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (cur.) (1982), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna: il Mulino, p. 269 ss.

Allegretti, U. (1984), *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 7/8, col. 205.

Allegretti, U. (1993), *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino: Utet giuridica, p. 131 ss.

Allegretti, U. (2006), *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 3, pp. 151-166.

Allegretti, U. (cur.) (2010), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze: Firenze University Press.

Amirante, D. (2002), *Codificazione e norme tecniche nel diritto ambientale. Riflessioni sull'esperienza francese*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 1, p. 9 ss.

Benvenuti, F. (1964), *Prefazione*, in G. Pastori (cur.) (1964), *La procedura amministrativa*, Milano: Giuffrè, pp. XIII-XIV.

Berti, G. (1975), *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova: Cedam, p. 796 ss.

Bifulco, R., M. Cartabia, A. Celotto (cur.) (2001), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna: il Mulino.

Bobbio, L., G. Pomatto (2007), *Il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte pubbliche*, in *Meridiana*, 58, pp. 45-67.



Bobbio, N. (1990), *Democrazia* (voce), in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (cur.), *Dizionario di politica*, Torino: Utet.

Bottino, G. (2005), *Art. 10-bis. Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in AA.VV., *L'azione amministrativa. Commento alla L. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Milano: Giuffrè, pp. 394-420.

Cecchetti, M. (2001), *Giusto processo* (voce), in *Enc. dir.*, V. agg., Milano: Giuffrè, p. 604 ss.

Celone, C. (2017), *Il "nuovo" rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione alla luce dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A. Tiganò (cur.), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli: Editoriale scientifica, p. 439 ss.

Cerulli Irelli, V. (1997), *Corso di diritto amministrativo*, Torino: Giappichelli.

Chiti, M.P. (1977), *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa: Pacini.

Chiti, M.P. (2011), *Diritto amministrativo europeo*, Milano: Giuffrè.

De Lucia, L. (2005), *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Diritto amministrativo*, 1, pp. 87-178.

Fazzalari, E. (1986), *Procedimento e processo, (Teoria generale)* (voce), in *Enc. dir.*, XXXV, Milano: Giuffrè, p. 819 ss.

Frosini, T.E. (2004), *Nell'emersione della conflittualità la necessità di ridisegnare il federalismo*, in *Guida al diritto*, mon. n. 9.

Giannini, M.S. (1962), *L'attività amministrativa*, Roma: Jandi Sapi.

Kohler-Koch, B. (1999), *Regional Institutions and Governance in the European Union*, London: Routledge.



Licciardello, S. (2000), *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino: Giappichelli.

Luciani, M. (2001), *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (cur.), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000*, Milano: Giuffrè, pp. 109-117.

Manin, B. (2010), *Principi del governo rappresentativo*, Bologna: il Mulino.

Miele, T. (1999), *Spettano alle strutture già esistenti i monitoraggi interni sulla regolarità*, in *Guida al diritto*, 34, p. 48.

Moro, G. (2002), *The Citizen's Side of Governance*, in *The Journal of Corporate Citizenship*, 7, pp. 18-30.

Nicoletti, F. (2006), *Il principio di "buona amministrazione" nell'Unione Europea tra garanzia ed efficienza*, in *Il diritto dell'economia*, 4, pp. 775-800.

Nigro, M. (1966), *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano: Giuffrè.

Nigro, M. (1996), *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, già in *Riv. proc. civ.*, 1980, p. 252 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano: Giuffrè, p. 1435 ss.

Pedullà, L. (2019), *Giusto procedimento e diritto europeo ad una "buona amministrazione": l'individuo e la sua dignità quale principio cardine dello stato di diritto*, in *KorEuropa*, 15.

Pizzorusso, A. (2002), *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna: il Mulino.

Provenzano, P. (2014), *L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la "costituzionalizzazione" delle garanzie procedurali*,



in D.U. Galetta (cur.) (2014), *Diritto amministrativo nell'Unione europea. Casi e materiali*, Torino: Giappichelli, p. 332 ss.

Puccini, G. (1990), *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedurali: una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 3-48.

Roehrssen, G. (1987), *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Diritto amministrativo*, 1, p. 93 ss.

Satta, F. (1989), *Imparzialità della Pubblica Amministrazione* (voce), in *Enc. giur.*, XVII, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana.

Savino, M. (2002), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, II, Padova: Cedam.

Toschei, S. (2005), *Maggiori poteri al responsabile del procedimento*, in *Guida al diritto*, 10, p. 61 ss.

Volpe, G. (2006), *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo-specie, i diritti umani*, in C. Amato, G. Ponzanelli (cur.) (2006), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino: Giappichelli, pp. 335-338.

Wol, R.P. (1999), *In difesa dell'anarchia* (trad. it. di Guido Accolti Gil e Amedeo Bertolo), Milano: Elèuthera.

Zanon, N. (1998), *La legge di sanatoria non è onnipotente: un'ammissione importante in nome del "giusto procedimento" e degli artt. 24 e 113 Cost.*, in *Giur. cost.*, p. 1651 ss.



## Abstract

### *From the “Right Procedure” to Participatory Democracy*

The history of administrative law could be written as the history of the authority and ways of exercising the authority, the history of power forms and power transformations. In fact, the significance of the administrative procedure is the meeting between authority and freedom, between rulers and ruled.

In this way, the administrative procedure is the main instrument of social and political coexistence: from this last point, constitutionalists take their interest to study the “right procedure” and its formal connection to the Constitution.

Over time, in this continuous tension between rulers and ruled, from the early Nineties of the Twentieth century, we are witnessing the progressive affirmation of an increasingly democratic and transparent vision of the administrative function; a path desired both by scholars and by judges and made possible, first of all, through the enhancement of autonomy and, subsequently, codifying the principles of participation in a collaborative function in the decision-making processes and in the preliminary phase.

These are forms of “participatory democracy”: they are different from the representative one to which we usually refer, but today we increasingly turn to the latter, in order to meet the need for transparency and participation, deriving from the state of crisis of politics and political parties.

Keywords: right procedure; participatory democracy; transparency; crisis.