La partecipazione nel procedimento amministrativo con riferimento alla pubblica sicurezza

DI GIUSEPPE ANNICCHIARICO[1]

SOMMARIO: 1. Premessa generale. – 2. Il procedimento amministrativo e la partecipazione nell'ordinamento previgente la Legge n. 241/1990. – 3. Cenni sugli istituti partecipativi nelle normative anteriori la L. n. 241/1990: le leggi n. 93/1983 e n. 349/1986 e l'articolo 6 della Legge n. 142/90. – 4. La partecipazione nella Legge 7 agosto 1990, n. 241. – 5. La Legge 11 febbraio 2005 n. 15 e i novellati principi generali dell'attività amministrativa. – 6. La comunicazione di avvio del procedimento per l'emanazione dei provvedimenti del Questore del foglio di via obbligatorio e del daspo.

1. *Premessa generale.*

La ricerca di regole di generale applicazione relativamente alla disciplina giuridica dell'attività amministrativa[2] e, più in particolare, al procedimento amministrativo sono stati per molto tempo i temi sui quali si sono incentrate le prese di posizione teoriche e tecniche del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza. Fino alla fine degli anni '60, vari sono stati i tentativi di introdurre una legge generale sui procedimenti amministrativi[3].

Successivamente, per il temporaneo arrestarsi in sede parlamentare dei tentativi di giungere all'emanazione di una Legge generale, la tematica perse quota e fu gradualmente sostituita da una rinnovata attenzione alla produzione di regole in sede giurisprudenziale. Del resto, la genesi di una disciplina generale dell'attività amministrativa rappresentava un problema più ampio e di più difficile soluzione rispetto alla codificazione di alcuni principi relativi all'attività stessa, che, seppure con soluzioni frazionate, avevano trovato nel corso degli anni una loro parziale definizione. Si trattava, infatti, di costruire, per un verso, una disciplina dell'attività amministrativa in linea con i precetti costituzionali e, per altro verso, di adeguare il modello organizzativo dell'amministrazione stessa, non più ordinata esclusivamente in funzione gerarchica bensì coerente con i più generali principi di imparzialità, efficienza e responsabilità; una funzione che, nel rispetto delle finalità generali e nella ricerca dell'interesse pubblico, fosse al servizio del cittadino e della comunità.

Senza dubbio, il processo irreversibile di trasformazione della Pubblica Amministrazione va ricercato non solo nelle articolate finalità dell'attività

[1] Vice Questore Aggiunto della Polizia di Stato - Dirigente il Commissariato di Pubblica Sicurezza di Manduria.

[2] Sul tema si veda E. CARDI, *Procedimento amministrativo,* in *Enc. Giuridica Treccani*, XXIV, 1989.

[3] Per M. SAVINO, *Trattato di diritto amministrativo,* parte generale, vol. II, Padova, 2002, pag. 2274, l'età delle riforme amministrative in Italia inizia solo nei primi anni novanta.

amministrativa ma anche e soprattutto nei modi attraverso i quali esse sono state conseguite. Una differente visione della "cosa pubblica" e una diversa cultura giuridica, soprattutto rispetto al vecchio modello di amministrazione dipendente dal governo e gerarchicamente ordinata, hanno determinato nel corso degli anni una progressiva democraticizzazione delle attività e delle finalità che ha reso più prossima ai cittadini l'amministrazione stessa.

Uno degli aspetti più rilevanti di tutto il processo può allora essere identificato in una graduale valorizzazione delle autonomie territoriali. La ristrutturazione del sistema pubblico, attraverso una maggiore autonomia degli Enti più vicini alla comunità, ha determinato una maggiore consapevolezza circa l'importanza di strumenti giuridici generali in grado di soddisfare le crescenti esigenze e richieste dei cittadini, in ordine a un maggiore coinvolgimento nella cura degli interessi pubblici. Tutta la produzione normativa in materia, infatti, è stata informata a principi generali che vedono il cittadino collocato in una posizione di pari ordinazione con l'amministrazione. In altri termini, il cittadino da suddito[4] si è trasformato in utente, in un soggetto cioè che usufruisce di servizi ai quali egli stesso partecipa e dei quali ne orienta – nei modi e nei limiti previsti dalla Legge – le scelte. Si tratta a ben vedere di un nuovo modello organizzativo in cui l'amministrazione persegue scopi e obiettivi pubblici che derivano da un'esigenza collettiva[5]. In tale ambito, il carattere autonomistico assunto dall'amministrazione ha comportato, nel tempo, l'adozione di una formula organizzatoria caratterizzata dalla democraticità e dalla legalità intesa come controllo e verifica del rispetto delle norme che disciplinano organizzativamente l'azione amministrativa stessa[6].

Tutte le trasformazioni che nel corso degli ultimi anni hanno interessato la funzione amministrativa, in senso lato, incidono inevitabilmente sul modo di essere dell'amministrazione stessa. Ciò determina, da un lato, un diverso rapporto tra Stato e cittadino e, dall'altro, una maggiore richiesta di sentirsi parte e di agire all'interno di un sistema complesso e articolato la cui finalità è l'interesse di ciascuno e di tutti al tempo stesso.

In tale contesto, il principio democratico della partecipazione, attraverso la condivisione delle responsabilità e la consapevolezza delle scelte generali, diviene una forma di controllo sulla legalità dell'azione e sulla gestione, intesa come valutazione dell'attività; essa costituisce, per certi versi, anche un responsabile orientamento degli indirizzi in funzione di comparazione tra costi e benefici. E

[4] Tale era sostanzialmente la concezione nell'ottocento all'interno di un ordinamento statale che, seppur preoccupato anche del benessere dei cittadini, orientava le proprie azioni con atti e provvedimenti che guardavano all'utente finale come ad un soggetto da amministrare e non cui garantire un servizio efficiente.

[5] Così G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giuridica Treccani*, XXXI, 1995.

[6] Per S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica,* Torino 2000, pag. 6, nella nuova amministrazione emergono formule organizzatorie innovative il cui fine è la produttività, la responsabilità e il confronto paritario con i cittadini per una valutazione dei risultati.

proprio da un'esigenza di collaborazione che sono derivate, nel corso degli anni, le richieste di pervenire a un formale riconoscimento giuridico dei diritti di partecipazione dei cittadini.

I cambiamenti anche culturali che hanno interessato la società e, conseguentemente, l'amministrazione pubblica hanno travolto anche le ultime resistenze in materia di riconoscimento dei diritti dei cittadini a vedersi maggiormente coinvolti nelle scelte relative alla cosa pubblica. Tale fenomeno, peraltro, ha acquisito nel corso degli anni sempre maggiore rilievo giacché è aumentata la consapevolezza circa la necessità di un maggiore coinvolgimento; singoli soggetti, gruppi di cittadini, comitati spontanei, tutti portatori di interessi collettivi e diffusi hanno dato il via a un fenomeno che oggi ha assunto un'enorme rilevanza giuridica e, soprattutto, sociale. Numerosi sono stati, infatti, gli esempi in cui i citati soggetti si sono inseriti all'interno dei processi decisori rappresentando interessi generali e collettivi.

L'istituto della partecipazione costituisce allora uno strumento di democrazia attiva attraverso cui è possibile incidere sulle scelte amministrative mediante un'azione di controllo preventivo funzionalmente orientato al conseguimento e alla tutela di interessi generali. Un istituto questo che, sebbene di recente codificazione in termini generali, affonda le sue radici in tempi remoti[7] anche se sotto altra forma; la ricerca di soluzioni condivise e partecipate rappresenta quindi un passaggio imprescindibile quando l'obiettivo non sia rappresentato solo dal bene della collettività ma anche dal contemperamento degli interessi coinvolti che spesso possono, seppure in parte, confliggere. A tale riguardo, la partecipazione procedimentale assurge a principio regolatore di tutto il sistema amministrativo sia in funzione collaborativa sia di controllo preventivo potendo anche rappresentare un limite a eventuali tratti autoritativi dell'amministrazione e di conseguenza rendere migliori i servizi resi alla collettività.

Tra i risultati delle riforme può allora annoverarsi anche il rafforzamento di quei principi che consolidano la cosiddetta *cittadinanza amministrativa*[8] che, da un lato, diviene piena ed effettiva e, dall'altro, attenua il carattere unilaterale e impositivo dell'attività provvedimentale dell'amministrazione.

Si può allora sostenere, in conclusione, che il principio di base delle riforme è stato quello di "disperdere" i poteri dell'amministrazione in funzione di garanzia e di tutela del cittadino, che ha visto così rafforzata la sua posizione ed ha assunto un ruolo rilevante, talora determinante, nei processi decisionali.

In definitiva, il legislatore ha preso coscienza della necessità che una sempre più incisiva e maggiore partecipazione del cittadino alla funzione e all'azione

[7] A tal riguardo, si veda la Legge 29 marzo 1903 n. 103 sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province in cui si prevede il ricorso al referendum per l'affidamento agli enti locali della funzione di creare e gestire i servizi pubblici.

[8] In questi termini M. SAVINO, *Trattato di diritto amministrativo,* cit., pag. 2286

amministrativa sia una risorsa per l'interesse pubblico e non solo un aggravio e un appesantimento delle procedure, che – in quanto tale - si risolve in un rallentamento dell'azione stessa nel conseguimento degli obiettivi generali individuati dalla legge.

2. *Il procedimento amministrativo e la partecipazione nell'ordinamento previgente la Legge n. 241/1990.*

Generalmente, il procedimento amministrativo[9] è definito come un insieme eterogeneo di atti, posti in essere da più organi della P.A., funzionalmente orientati alla produzione di effetti giuridici attraverso i quali viene esercitato il potere amministrativo[10]; tali atti sono coordinati tra loro in quanto preordinati all'adozione di un unico provvedimento finale. Così definita, l'azione amministrativa risulta, pertanto, sempre procedimentalizzata in quanto tutta l'attività è espressione di una serie indefinita, seppur predeterminata, di istruttorie e adempimenti strumentali e preparatori. Il quadro normativo italiano in materia è radicalmente mutato agli inizi degli anni novanta allorquando il legislatore, sulla spinta delle richieste di riforma, ha introdotto – al termine di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale – la prima legge generale sul procedimento amministrativo.

In Italia, infatti, l'assenza di una normativa generale sul procedimento, che comportava un'ampia discrezionalità della p.a. e il mancato riconoscimento del diritto degli interessati a partecipare attivamente ai procedimenti destinati a sfociare in atti variamente incidenti nelle loro sfere giuridiche, aveva consentito, nel corso degli anni, il proliferare di una pluralità di leggi che avevano stratificato e compartimentato l'attività amministrativa[11]. La lacuna venne colmata sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina attraverso l'elaborazione di una serie di regole e principi fino a quando, nel 1987, il governo presentò il testo di un disegno di legge[12] che verrà tradotto nella legge n. 241/90 recante *nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*

Fino a quel momento, la concezione di un'azione amministrativa quale fatto proprio dell'amministrazione, quasi un "monopolio amministrativo" presupponeva, infatti,

[9] Più approfonditamente, si veda F. CARINGELLA e M. T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo,* Napoli, 2005, per i quali il procedimento amministrativo costituisce il mezzo per realizzare i principi d'imparzialità e buon andamento sanciti dalla Costituzione.

[10] Si vedano R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo,* Padova, 1996, pag. 357; F. CARINGELLA, *Nuovi percorsi monografici di diritto amministrativo,* Napoli, 1998.

[11] Per tutte si vedano le Leggi n. 2359/1865 in materia di procedimenti espropriativi, n. 1150/42 in tema di procedimenti finalizzati al rilascio delle concessioni edilizie, d.P.R. n. 3/57 e 737/81, rispettivamente per i procedimenti disciplinari nel pubblico impiego e nella Polizia di Stato, le leggi n. 93/83 sul pubblico impiego, n. 349/86 istitutiva del Ministero dell'Ambiente e n. 142/90 sulle autonomie locali.

[12] Il provvedimento fu presentato sull'onda di un parere favorevole del Consiglio di Stato sul disegno di legge per l'emanazione di norme dirette a migliorare i rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadini.

una sorta di sovranità sui destinatari[13]. In assenza di una norma regolatrice della materia, la funzione "supplente"[14] venne assicurata sia attraverso l'introduzione di limiti all'arbitrio della pubblica amministrazione[15] sia mediante l'individuazione di strumenti efficaci posti a tutela delle situazioni soggettive coinvolte nel procedimento al fine di consentire loro di partecipare al procedimento stesso.
In effetti, al di là delle teorie sul procedimento, l'assoluta assenza del contraddittorio all'interno dell'iter formativo del provvedimento finale, determinava – per certi versi – una spiccata discrezionalità nelle scelte e nei percorsi della pubblica amministrazione, pur in presenza di comprovate esigenze partecipative finalizzate al miglioramento dell'attività amministrativa.
Per di più, tale peculiarità determinava l'emergere di un netto contrasto tra la struttura autoritaria, unilaterale e impositiva dell'attività provvedimentale della pubblica amministrazione e lo spirito democratico che informava la carta Costituzionale.
In altri termini, non vi era alcuna corrispondenza tra i principi che ispiravano l'azione amministrativa e quelli che fondavano i diritti dei cittadini alla legalità, imparzialità e obiettività della p.a.. Per cercare di costruire una disciplina generale del procedimento fu utilizzato il principio del c.d. *giusto procedimento*[16]. In virtù di tale principio, mutuato, successivamente, anche dall'art. 97 della Costituzione[17], il procedimento amministrativo doveva essere articolato in maniera da garantire il diritto di partecipazione dei soggetti interessati. La p.a., in altri termini, avrebbe dovuto adottare i propri provvedimenti solo al termine di un confronto dialettico tra interessi pubblici e privati in funzione sia deflativa dei ricorsi sia collaborativa nella cura degli interessi generali.
La soluzione pervenne per via legislativa al termine di una produzione normativa frammentata quando il legislatore, recependo le diverse istanze, approvò la legge n. 241 del 1990 che introdusse nell'ordinamento giuridico italiano la prima norma sui principi amministrativi, operando una radicale trasformazione dei rapporti tra p.a. e privati. Con essa vennero allora introdotti una serie di strumenti diretti a rafforzare il principio di buon andamento e di imparzialità della p.a..

---

[13] Salvo che gli interessi coinvolti nell'azione dei pubblici poteri non assurgessero al rango di diritti soggettivi, così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 2001, tomo II, pag. 1221.
[14] Il termine è di F. CARINGELLA e M. T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo,* cit., pag. 7.
[15] La pubblica amministrazione veniva vista come una struttura molto autoritaria che imponeva le sue decisioni con spiccata discrezionalità e arbitrio; mancava cioè la formalizzazione di un'imprescindibile collaborazione con il destinatario finale dell'attività in funzione strettamente migliorativa dell'azione amministrativa stessa.
[16] La Corte Costituzionale usò per la prima volta il termine nella sentenza 2 marzo 1962, n. 13, in *Ced Cassazione,* 1962.
[17] Per un'analisi del principio sotto un profilo storico-politico cfr. S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica,* cit., pag. 109 e segg..

Traendo spunto da discipline di settore, prima fra tutte quella regolatrice del procedimento disciplinare, si pose l'attenzione sul principio del giusto procedimento in base al quale l'amministrazione non poteva provvedere *inaudita altera parte* ma doveva consentire al privato, interessato all'azione amministrativa, di intervenire nel corso del procedimento in maniera tale che l'atto finale fosse espressione di una completa valutazione di fatti e interessi differenti da quelli di cui è portatrice l'amministrazione procedente.

Il principio, infatti, ha la finalità di garantire il singolo destinatario dell'azione amministrativa circa la sua ragionevolezza; cioè è espressione di una valutazione comparativa degli interessi coinvolti ispirata dal criterio di razionalità. Sotto tale profilo, l'imparzialità è sinonimo di trasparenza, intesa come comprensibilità[18].

Il procedimento allora acquisiva una rilevanza specifica in quanto sede in cui si verificava il rapporto tra interesse generale e interessi dei singoli e in cui si svolgeva il contraddittorio e la dialettica, non già la mera successione di atti con cui il potere si spersonalizzava e celava[19]. Prima dell'approvazione della Legge n. 241/90, era ben noto a tutti il meccanismo attraverso il quale l'amministrazione giungeva alle proprie determinazioni: sollecitata a provvedere dall'iniziativa di parte o da impulsi d'ufficio, essa procedeva agli accertamenti di fatto ed alle relative valutazioni secondo un criterio di stampo prettamente organizzativo, vale a dire attraverso il concorso di tutti gli uffici in diverso modo interessati alla decisione da assumere. Ai destinatari del provvedimento si chiedevano, tutt'al più, solo chiarimenti; la giurisprudenza esigeva, neppure in tutti i casi, una vera e propria contestazione solo nel caso di iniziativa volta all'adozione di provvedimenti repressivi e sanzionatori; i possibili controinteressati al provvedimento erano ignorati, ovvero, considerati solo quando l'amministrazione lo consentiva. Non vi era, cioè, alcun obbligo di collaborazione in funzione migliorativa dell'attività.

L'amministrazione – fortemente gerarchizzata – caratterizzata dalla unilateralità e dalla supremazia della funzione agiva prettamente nell'interesse generale, inteso come interesse dello Stato, ignorando in pratica i diritti e gli interessi dei soggetti coinvolti. Di fatto, una completa partecipazione si realizzava unicamente nella fase successiva all'approvazione del provvedimento allorquando il soggetto destinatario impugnava la decisione dell'amministrazione. Solo in tale fase processuale egli vedeva garantiti i propri diritti in termini tuttavia meramente conflittuali e non più collaborativi. Il processo diveniva, allora, la sede in cui un soggetto terzo, il giudice, valutava le ragioni degli interessati senza tuttavia poter decidere nel merito gli interessi coinvolti in quanto la sua competenza era limitata al sindacato sulla legittimità dell'atto.

---

[18] Così F. SATTA, *Imparzialità della Pubblica Amministrazione,* in *Enc. Giuridica Treccani,* XV, 1989*,* per il quale l'imparzialità ha un valore strumentale rispetto all'attività e la rende trasparente.

[19] In tal senso F. SATTA, *Atto amministrativo,* I, in *Enc. Giuridica Treccani*, IV, 1989.

Da qui, l'esigenza di introdurre un meccanismo partecipativo che consentisse, da un lato, una valutazione sotto un profilo anche di merito e di opportunità delle ragioni dei soggetti e, dall'altro, determinasse una diminuzione dei conflitti tra p.a. e cittadini. Era stata proprio l'assoluta assenza di un contraddittorio in funzione di collaborazione che aveva determinato una netta cesura di comunicazione tra l'amministrazione e la società. E ciò, nonostante numerose fossero state le spinte culturali che erano dirette verso una maggiore prossimità tra società e amministrazione. Una tale frattura era derivata dalla errata considerazione che l'interesse per così dire "pubblico" fosse preminente rispetto a quello "privato" o del singolo. Solo successivamente si accederà alla tesi per la quale l'interesse perseguito dalla amministrazione va identificato con quello dei cittadini che compongono il corpo sociale, che determinano la nascita, lo sviluppo e la vita di una società[20]. Ed è in tale ultima concezione che si intravede il superamento della tesi soggettivistica dell'interesse pubblico. L'interesse dell'amministrazione per il bene pubblico veniva, dunque, raggiunto agendo secondo principi democratici di partecipazione, assicurando imparzialità e buon andamento, e non semplicemente ricercando l'interesse dello Stato in quanto tale, concepito come un insieme di organi slegati dal corpo sociale del quale erano l'espressione.

Appare chiara, allora, la portata del cambiamento operato grazie alla legge n. 241/90 con l'introduzione di principi di carattere generale, applicabili alla quasi totalità dei procedimenti, in virtù dei quali i cittadini divengono il fulcro dell'attività amministrativa. Il valore strumentale della norma si coglie soprattutto ove si consideri che già in precedenza il legislatore aveva introdotto una parziale democraticizzazione dell'azione amministrativa con alcuni interventi specifici riferiti a determinate tipologie procedimentali. Ci si riferisce alla produzione normativa che riguarda la materia del pubblico impiego (L. n. 93/83), l'istituzione del Ministero dell'Ambiente (L. n. 349/86) e le autonomie locali (L. n. 142/90).

Le citate norme hanno costituito, senza dubbio, l'inizio di un processo che si è concluso con la Legge n. 241/90 e che ha visto progressivamente maturare la consapevolezza della esigenza di reimpostare il rapporto cittadino-amministrazione in termini di democrazia, con la trasformazione dell'utente da spettatore a protagonista.

3. *Cenni sugli istituti partecipativi nelle normative anteriori alla Legge n. 241/90: le leggi n. 93/1983 e n. 349/1986 e l'articolo 6 della Legge n. 142/90.*

[20] Il termine amministrazione viene utilizzato da S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica,* cit., pag. 180, per indicare l'effettiva espressione della collettività che non è qualcosa di distinto da coloro che la compongono.

In presenza di una tendenza giurisprudenziale incline a negare la possibilità di estendere in linea generale l'applicabilità della partecipazione al procedimento amministrativo, il legislatore è intervenuto in maniera seppure frammentaria al fine di attuare, in conformità al principio del giusto procedimento, una parziale democraticizzazione dell'azione amministrativa.
Si è trattato, in realtà, di tentativi inidonei a sancire, in via generale, la natura democratica e il carattere partecipativo dell'azione amministrativa ma che hanno, tuttavia, indicato una chiara tendenza verso l'ampliamento delle ipotesi di contradditorio, soprattutto in funzione collaborativa nei confronti dell'amministrazione.
Il riferimento è a una serie di leggi che dalla prima metà degli ani ottanta hanno introdotto alcuni ipotesi di partecipazione all'interno di specifici procedimenti. In questi termini, per esempio, la legge n. 93/1983 che, all'articolo 2, n. 9 (successivamente abrogato dall'art. 74, comma 1, d. Lgs. n. 29/93) ha previsto una riserva di legge in materia di esercizio dei diritti dei cittadini nei confronti dei pubblici dipendenti e di diritto di accesso e di partecipazione alla formazione degli atti della pubblica amministrazione.
Ancora, la legge n. 349/1986, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, che, all'art. 6, comma 9, disciplinando il procedimento relativo all'esecuzione di opere pubbliche di impatto ambientale, ha stabilito che "qualsiasi cittadino, in conformità alle leggi vigenti, può presentare, in forma scritta, al Ministero dell'Ambiente, al Ministero dei Beni Culturali ed ambientali o alla Regione interessata, istanze, osservazioni o pareri sull'opera soggetta a valutazione di impatto ambientale, nel termine di trenta giorni dall'annuncio".
In precedenza, anche in tema di diritto all'ambiente, la giurisprudenza aveva svolto una funzione supplente individuando situazioni di vantaggio nuove a rilevanza superindividuale provviste di strumentazione giuridica e di azionabilità giurisdizionale[21].
Con tale normativa venivano individuati i soggetti abilitati ad accedere al procedimento; la legittimazione procedimentale diveniva, così, la base su cui costruire quella processuale. Il legislatore, infatti, nel momento in cui istituzionalizzava la partecipazione al procedimento amministrativo dei principali soggetti collettivi portatori di interessi superindividuali finiva col dirimere preventivamente gli eventuali conflitti di opinione in ordine alla legittimazione processuale di tali enti[22].
La legge n. 349/1986, anzi, è andata oltre, consacrando espressamente il collegamento esistente tra partecipazione procedimentale e legittimazione processuale.

[21] Così, N. TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi,* in *Enc. Giuridica Treccani.*
[22] Così R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo,* cit., pag. 115.

Nonostante la sua evidente importanza, la disposizione in esame non ha condotto, sul piano pratico, ad una reale democraticizzazione del procedimento amministrativo; e ciò per due ordini di motivi:

- si trattava di una normativa con una sfera di applicazione limitata e, di conseguenza, inidonea a produrre, in via generale, una trasformazione, in chiave dialettica e partecipativa, della tradizionale concezione del procedimento;
- la legittimazione a partecipare al procedimento non era accompagnata dalla legittimazione processuale, in quanto quest'ultima è riconosciuta, ai sensi dell'art.18, alle sole associazioni individuate dal Ministero dell'Ambiente tra le associazioni di carattere nazionale e tra quelle presenti in almeno cinque regioni, in possesso dei requisiti di cui al precedente articolo 13[23].

Diversamente, la legge n.142/90 sulle autonomie locali[24] (confluita poi nel d.Lgs. 267/2000), all'art.6, comma 2, ha introdotto relativamente ai procedimenti destinati a sfociare in atti incidenti su situazioni soggettive, forme di partecipazione degli interessati secondo le modalità stabilite dallo statuto, applicando così – limitatamente ai procedimenti di competenza degli enti locali – i principi del giusto procedimento e della partecipazione.

E' stata garantita, al singolo come agli enti esponenziali per la protezione di interessi collettivi, la possibilità di intervenire nel procedimento amministrativo, al fine di esporre le proprie ragioni, sia a tutela del proprio interesse particolare, sia per collaborare con l'ente locale per il perseguimento dell'interesse pubblico.

L'istituto in argomento trova il suo fondamento già nell'art. 3, comma 2 della Costituzione in relazione al pieno sviluppo della personalità umana, quale effettiva partecipazione di tutti i soggetti che concorrono alla formazione della società.

Nell'ottica della legge[25], la partecipazione[26] indica la possibilità di intervenire in un procedimento amministrativo e, più in generale, nei vari momenti dell'attività amministrativa locale. L'amministrato cioè non dovrebbe essere più un soggetto passivo di decisioni dell'amministratore bensì trasformarsi in un certo senso e con particolari temperamenti in amministratore o, almeno, nel compartecipe attivo alle decisioni di chi amministra.

---

[23] Per un'analisi della problematica si veda R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo,* cit.*,* pag. 119 e segg..

[24] Cfr. S. LICCIARDELLO, ult. op. cit.*,* pag. 76, secondo cui la normativa sulle autonomie locali conferisce a comuni e province ampia autonomia ed una nuova forte legittimazione democratica.

[25] A differenza della Legge n. 241/90 che concepisce la partecipazione procedimentale come strumento idoneo a tutelare la posizione giuridica del soggetto coinvolto dall'azione dei pubblici poteri e, contestualmente, richiede un interesse specifico e qualificato in capo a quest'ultimo, la Legge n. 142/90 aveva previsto forme di partecipazione *uti civis* che non postulano cioè un diretto coinvolgimento nell'*iter* procedimentale.

[26] Essa consiste nella istituzionalizzazione del concorso dei cittadini nella gestione politico-amministrativa della cosa pubblica per democraticizzare l'amministrazione e per tentare di modificare quel rapporto di separazione tra società civile da una parte ed organi di governo dall'altra, così A. ZUCCHETTI, in AA. VV., *Autonomia e ordinamento degli Enti locali,* Giuffrè, Milano, 1999, pag. 48.

Si tratta di una esigenza derivante dal principio democratico che prevede che il cittadino si attivi non solo attraverso l'elezione dei propri rappresentanti ma anche mediante una attività di consultazione e proposta.
Occorre evidenziare come la norma *de qua* preveda finanche la valorizzazione[27] di libere forme associative[28] e la promozione di organismi partecipativi[29].
Dei tre esempi in precedenza riportati, quello riferito alla Legge n.142/90, senza dubbio, appare come il più vicino a quei principi che in seguito saranno disciplinati dalla norma generale sui procedimenti.
E ciò non solo per la portata della previsione che – a ben vedere – risulta di generale e facile applicabilità in quanto investe il rapporto tra cittadino-ente locale, ma anche perché la medesima legge ha disciplinato altri istituti di partecipazione[30] diretti ad agevolare il rapporto tra amministratori e utenti finali. La finalità dichiarata era di rendere l'azione amministrativa il più possibile conforme alle esigenze effettive della comunità locale, valorizzando le libere forme associative e la promozione di organismi a livello locale[31].
La norma in argomento ha introdotto il c.d. principio del contraddittorio procedimentale, ovvero della legittimazione partecipativa dei portatori degli interessi collettivi. Tali disposizioni, peraltro, si armonizzeranno completamente con la legge n. 241/90 attuandone in pieno i principi di democraticità, trasparenza e partecipazione.
Le autonomie, divenendo un momento forte di aggregazione, in funzione del godimento effettivo di diritti e libertà dei cittadini, rappresentano la risposta più adeguata alle esigenze di efficacia ed efficienza richieste all'azione amministrativa; esse costituiscono "la condizione per un «efficace» confronto dell'amministrazione con le libertà dei cittadini[32].
E' proprio con la legge 142/90 che la partecipazione si è posta sotto una luce particolare come un aspetto centrale della riforma delle autonomie locali. Difatti sono proprio gli enti locali – e, in primo luogo, i Comuni – a rappresentare, fra tutte

[27] Con tale dizione si è riconosciuto alle forme associative il ruolo di interlocutori dell'amministrazione.
[28] L'espressione utilizzata dal legislatore fa riferimento ad ogni forma di aggregazione sociale, con o senza personalità giuridica, riconducibile al principio del libero associazionismo previsto dagli artt. 2 e 18 della Costituzione.
[29] Essi hanno una funzione meramente consultiva e possono essere composti da consiglieri comunali e da rappresentanti di specifici interessi della comunità locale. In altri termini, all'ente locale è rimesso solo il compito di valorizzare le forme associative, la cui costituzione è rimessa allo spontaneismo sociale, garantendo esclusivamente il funzionamento degli organismi.
[30] Per partecipazione si intende qui la possibilità offerta agli appartenenti alla collettività di intervenire nell'attività amministrativa, in guisa da consentire l'adeguamento dell'azione amministrativa alle esigenze manifestate dalla maggioranza dei cittadini, così P. VIRGA, ult. op. cit., pag. 339.
[31] L'unico limite è rinvenibile eventualmente nella possibile disparità di trattamento dei cittadini a seconda che questi appartengano ad un ente locale piuttosto che a un altro in forza delle differenze che possono sussistere a livello statutario relativamente agli istituti. Ciò in virtù della ampia discrezionalità conferita ai consigli in qualità di organi deputati alla deliberazione degli statuti.
[32] Cfr. S. LICCIARDELLO, *ult. op. cit*., pag. 83 e ss..

le istituzioni pubbliche, i terminali a contatto più diretto con i cittadini[33]. Tant'è vero che tale posizione, successivamente, verrà espressamente indicata nel nuovo articolo 114 e nel principio di sussidiarietà di cui all'articolo 117 della Costituzione.

4*. La partecipazione nella Legge 7 agosto 1990, n. 241.*

L'esigenza, sempre più sentita negli ultimi anni, di pervenire a una generale regolamentazione del procedimento amministrativo è derivata fondamentalmente da alcuni fattori tra cui è possibile annoverare, tra gli altri, proprio l'opportunità di addivenire a una precisa disciplina degli istituti di democrazia procedimentale. La disciplina del procedimento amministrativo è stata sempre concepita come uno degli strumenti di maggior rilievo che l'ordinamento pone in essere per la tutela dei cittadini a fronte di azioni e interventi del potere esecutivo per il perseguimento dei fini che l'azione pubblica si propone[34]. In termini generali, le ipotesi di politica legislativa cui si è ispirata la legge in argomento emergono nella stessa relazione governativa laddove è sancito il vincolo per le amministrazioni di non gravare i singoli procedimenti di formalità ulteriori a quelle espressamente previste, di giungere obbligatoriamente alla conclusione dei procedimenti attivati dai cittadini o d'ufficio e di dare pubblicità ai suoi atti e di motivarli. Così delineata, la legge n. 241/90 si presenta come una normativa sui principi, che fissa regole generali tese a operare una radicale trasformazione dei rapporti tra p.a. e privati, attraverso una serie di strumenti diretti a rafforzare il principio di buon andamento e imparzialità[35]. Autorevole dottrina[36] ha affermato che tre sono i principi o valori costituzionali concernenti l'azione amministrativa che mantengono una generale applicazione anche nella prospettiva di consistenti innovazioni del diritto amministrativo intesi alla realizzazione degli obiettivi sopra indicati. Tra questi, il principio di trasparenza[37] è quello più conferente al nostro studio. In termini generali, esso consente ai cittadini l'esercizio di un controllo democratico sulla correttezza e sull'imparzialità dell'azione amministrativa[38]. Importante corollario di tale principio è

[33] Così A. ZUCCHETTI, in AA.VV., *Autonomia e ordinamento degli Enti locali,* cit., pag.50.

[34] In questi termini anche M. BASSANI, AA.VV., *procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti,* Milano, 1995, pag. 2.

[35] Di novità dirompente nel sistema dell'*agere* amministrativo grazie al riconoscimento dei principi di pubblicità e di partecipazione parla V. CERULLI IRELLI, in prefazione, P. BURLA e G. FRACCASTORO, *Il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione,* Roma, 2005.

[36] V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione,* 2002*,* in http://www.lexitalia.it/articoli/cerulli-irelli_riformapa.htm, per il quale questi tre principi sono di imparzialità, di buon andamento e, infine, dell'economicità dell'azione amministrativa e della sana gestione finanziaria.

[37] Per un approfondimento sul concetto, si veda G. ARENA, *Trasparenza amministrativa,* cit..

[38] Così F. CARINGELLA e M.T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo,* cit., pag. 9. Tale principio, poi, annovera tra i suoi corollari l'obbligatorietà della motivazione del provvedimento amministrativo, della identificazione dell'Ufficio e del responsabile del procedimento, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, l'obbligo di conclusione del procedimento con un provvedimento esplicito.

rappresentato dal criterio di pubblicità[39], che esprime l'esigenza che l'azione amministrativa sia resa conoscibile all'esterno; con esso s'intende, più semplicemente, un'amministrazione che parla al cittadino con un linguaggio semplice attraverso i suoi dirigenti[40].

Al di là degli aspetti giuridicamente più significativi della legge, il dato maggiormente rilevante è rappresentato proprio dall'emergere di un diverso rapporto fra i cittadini e la pubblica amministrazione dove, rispetto al profilo della mera protezione degli interessi e dei diritti particolari dei cittadini che possono venire lesi dall'esercizio del potere amministrativo, assume sempre maggiore importanza il profilo dell'efficace soddisfazione, proprio attraverso l'azione amministrativa, dell'interesse pubblico, che viene a identificarsi con l'interesse del pubblico, inteso come collettivo. Ciò, nella prospettiva di un'amministrazione che si pone come un soggetto che eroga un servizio o una prestazione e non come chi esercita un potere giuridico in maniera autoritativa. Il cittadino, dunque, non è portatore di un interesse diverso da quello curato dall'amministrazione; è, invece, portatore dello stesso interesse a quest'ultima affidato, ed è chiamato a "partecipare" alla funzione amministrativa, affermando in tal modo un modello "negoziale" di azione pubblica.

L'obiettivo è quello di conformare l'*agere* pubblico ad alcuni canoni rispondenti ai precetti costituzionali, riducendo così ogni possibile arbitrio dell'amministrazione. Il fulcro della attività amministrativa autoritativa è stato, quindi, spostato dall'atto conclusivo alla precedente fase della formazione della volontà: cioè all'istruttoria. Proprio nell'istruttoria, la partecipazione, denominata funzionale, è ora indispensabile; essa costituisce uno dei momenti chiave della trasparenza dell'azione amministrativa, poiché grazie ad essa il privato prende parte attivamente alla definizione degli interessi che il provvedimento realizza, prima dell'emanazione del provvedimento stesso.

La nuova legge realizza il "giusto procedimento", desumibile dall'art. 97 della Costituzione, introducendo l'obbligatorietà del contraddittorio. Il principio dell'intervento dei privati, quindi, viene a collegarsi a quello della imparzialità e della buona amministrazione. In definitiva, il procedimento è pur sempre rivolto a soddisfare interessi pubblici, ma nella nuova ottica legislativa l'intervento del privato e l'emersione del suo interesse nel procedimento servono proprio a

[39] Il principio è diretto a tutelare sia la collettività nel suo complesso, che deve essere informata del modo di svolgimento della funzione amministrativa, sia i soggetti più specificatamente interessati dall'azione amministrativa, ai quali viene esplicitamente riconosciuto il diritto di partecipare al procedimento. Così R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo,* cit., pag. 360.

[40] Così anche S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica,* cit*.,* per il quale la pubblicità è sinonimo di visibilità, partecipazione, di un'amministrazione democratica e non autoritaria, fatta di soggetti e non di organi; al servizio della nazione e della comunità.

consentire alla pubblica amministrazione una migliore soddisfazione dell'interesse pubblico attraverso una gestione più razionale e democratica del potere.
Con la legge n. 241/90[41] non è stata solo dettata una normativa generale sul procedimento amministrativo, ma è stata introdotta una nuova concezione dell'amministrazione, finalmente in linea con la Costituzione[42]. Essa può allora essere considerata un punto di non ritorno in tema di riforme dell'amministrazione, una scelta di equilibrio tra garanzie ed efficienza-efficacia. Rappresenta, in definitiva, un cambiamento epocale nella concezione di amministrazione, una rivoluzione copernicana che portava a considerare il rapporto governanti-governati non più *ex parte principis* bensì *ex parte populi* e l'interesse pubblico sullo stesso piano di quello individuale[43]. Il procedimento amministrativo diviene, allora, terreno di emersione e strumento di equo contemperamento degli interessi, sia pubblici che privati, coinvolti nell'azione amministrativa; viene colmata, in altri termini, la distanza tra governanti e governati, i quali ultimi sono messi in condizione di partecipare alla formazione delle decisioni finali e divengono titolari di pretese azionabili nei confronti dello Stato-amministrazione.
In tale quadro normativo, la funzione dei soggetti nei cui confronti l'atto finale è destinato a produrre i suoi effetti e che pertanto sono chiamati, fin dall'inizio, a partecipare al procedimento riveste importanza centrale[44].
Il legislatore ha affrontato la problematica nel capo terzo della legge, i cui articoli sono finalizzati a garantire la massima democratizzazione del procedimento amministrativo. Gli articoli dal 7 al 13, infatti, impongono alla pubblica amministrazione di tenere presenti tutti gli interessi pubblici e privati rilevanti nel singolo caso, attribuendo portata generale al principio del contraddittorio nell'ambito delle varie fasi destinate all'emanazione di un provvedimento amministrativo. E' stata, in altri termini, sancita in via definitiva la democratizzazione dell'azione amministrativa e l'introduzione del principio del contraddittorio, espressione del principio del giusto procedimento in tutte le sue manifestazioni partecipative[45]. L'obiettivo del legislatore era quello di trasformare l'idea stessa di amministrazione; non più caratterizzata da una natura autoritativa

[41] Cfr. C.d.S., Ad. Plen., 15.09.1999, n. 14, in *Giur. It.*, 2000, III, 412. I giudici di Palazzo Spada hanno definito la normativa in argomento una legge *sul* procedimento amministrativo, non legge *del* procedimento amministrativo.
[42] In questi termini si è espresso N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241/90. Una prima valutazione,* in http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2157.pdf.
[43] In questi termini si esprimeva V. CAIANIELLO, *Il Cittadino e le trasformazioni dello Stato,* Relazione al XXXVI Convegno di studi amministrativi, Varenna, 20.9.1990, in *Economia e diritto del terziario*, 1990, n. 3.
[44]Cfr. F. CARINGELLA e M. T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo,* cit., pag. 93, secondo cui la normativa in argomento costituisce il "cuore pulsante" della disciplina del procedimento amministrativo e trasforma i cittadini da spettatori a protagonisti, reimpostando in chiave democratica i rapporti tra amministratori e amministrati.
[45] *Contra,* BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione,* in Scritti Guicciardi, 1975, pag. 801.

bensì conformata al principio della democraticità, fondata sulla collaborazione e sul consenso. In altri termini, un nuovo modello di amministrazione più in linea con le moderne concezioni che individuano nel procedimento lo strumento e il luogo in cui si realizza la ponderazione e la valutazione comparativistica dei vari interessi pubblici e privati, a volte anche confliggenti, coinvolti nella funzione amministrativa. La novella legislativa del 1990 ha, allora, dato piena attuazione al c.d. principio del *giusto procedimento* rispondendo così a un'esigenza di tutela individuale volta a realizzare il principio del contraddittorio sia in funzione conoscitivo-dialogativa sia collaborativa e oppositiva. La prima si concretizza attraverso la comunicazione di avvio del procedimento mentre la seconda riceve il suo riconoscimento con il diritto di intervento.

Più precisamente, il legislatore ha inteso creare un istituto che realizzasse una "*partecipazione collaborativa in contraddittorio*[46]". Se, infatti, da un lato, i principi di trasparenza e di imparzialità determinano la necessità di procedimentalizzare l'attività amministrativa sul contraddittorio delle parti, dall'altro, i canoni di efficienza, efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa impongono la collaborazione di tutti coloro i quali siano in grado di garantire una conoscenza utile all'adozione del provvedimento finale che porti a soddisfare i diversi, contrastanti interessi coinvolti nel procedimento. La partecipazione comporta una trasformazione sostanziale dell'amministrazione: da un'idea di amministrazione autorità si passa a quella di amministrazione di servizio nel cui ambito i soggetti pubblici devono uniformare il proprio agire a criteri di efficienza e, in primo luogo, rispondere ai cittadini del loro operato.

Così delineato, in termini generali, l'istituto *de quo* persegue la massima democratizzazione e la costituzionalizzazione[47] del procedimento, oltre ad assolvere a una funzione meramente preventiva dei ricorsi amministrativi[48] attraverso la trasparenza dell'attività procedimentale. La partecipazione diviene quindi un vero e proprio principio di democrazia procedimentale che impone all'amministrazione procedente l'audizione dei soggetti che possono essere incisi dal provvedimento finale, prima che questo sia adottato, e di coloro che in qualche modo possono influire sulla rappresentazione di fatti e interessi che determinano il quadro in cui il suddetto provvedimento interviene. Mediante la partecipazione al procedimento si

---

[46] Per un'analisi più approfondita del principio si veda, L. MIGLIORINI, *Contraddittorio (principio del): III,* in *Enc. Giuridica Treccani,* VIII, 1989. Come è noto, il contraddittorio sostanzialmente esprime un'idea di dialettica discussione tra due parti che, in maniera antitetica e a volte conflittuale, poste su posizioni diverse sebbene paritarie, tendono a difendere le proprie posizioni giuridiche.

[47] Si veda, tra l'altro, C.d.S., 15.09.1999 n. 14, cit., in cui afferma che la legge n. 241/90 ha esteso il giusto procedimento, anzi la partecipazione, alla generalità dei procedimenti amministrativi.

[48] In questi termini, si può sostenere che un efficace sistema partecipativo consente di realizzare, per un verso, i principi di buona amministrazione e di trasparenza e, per altro verso, una deflazione del contenzioso giurisdizionale, mediante l'intervento e l'esposizione delle proprie ragioni. Analogamente, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo,* cit., pag. 1294.

realizza concretamente il riequilibrio dei rapporti tra soggetto pubblico e cittadini; il procedimento cessa di essere "strumento imperscrutabile[49]" nelle mani dei pubblici poteri diventando luogo di confluenza degli interessi pubblici e privati e scompare, di conseguenza, la tradizionale unilateralità del potere amministrativo.
Anche il Consiglio di Stato[50] ha accolto tale nuova idea affermando che la legge ha introdotto "un elemento di riqualificazione di grande rilievo civile: l'innesto nel procedimento amministrativo della cultura della dialettica processuale". Per comprendere appieno la portata di tale innovazione appare opportuno evidenziare come sempre il medesimo organo giurisdizionale abbia aggiunto che l'istituto *de quo* rappresenti "un fatto più eversivo di quanto non fosse stato, alla fine degli anni '60, l'inserimento della comunicazione giudiziaria all'indiziato e delle altre garanzie di difesa nel processo penale inquisitorio del codice di procedura penale abrogato".
Visto così, il procedimento appare come "un campo di rappresentazioni delle parti[51]" in cui ognuna di esse è impegnato a suggerire un'alternativa di soluzioni. La premessa imprescindibile affinché il procedimento adempia alla sua essenziale funzione di elaborazione delle alternative è data proprio dalla "comunicazione" tra le parti. Si può, quindi, affermare che partecipazione e comunicazione di avvio del procedimento sono in stretto rapporto di strumentalità. Invero, quest'ultima riveste massima importanza nell'ambito degli strumenti partecipativi in quanto attraverso di essa l'amministrazione procedente informa i soggetti interessati della propria volontà di istruire un procedimento, al termine del quale – sulla base del contraddittorio – adotterà un determinato provvedimento. Sotto tale profilo, l'articolo 7 consacra l'esigenza della difesa delle posizioni giuridiche soggettive correlando tale finalità con i citati principi di economicità, efficacia e pubblicità, stabiliti dal precedente articolo 1. Il procedimento amministrativo, così, appare chiaramente finalizzato a perseguire l'interesse pubblico nel pieno rispetto, però, dei diritti e degli interessi direttamente o potenzialmente coinvolti. L'intervento del privato consente la realizzazione di un'istruttoria partecipata, garantendo trasparenza e imparzialità. Così delineato, l'istituto rivela la sua natura essenzialmente strumentale volta a far conseguire, attraverso la massima acquisizione di fatti da parte dell'amministrazione e la libera introduzione da parte dei privati dei loro diritti e interessi, la composizione di questi ultimi nella fase procedimentale e, quindi, nella decisione finale. La comunicazione risponde a una duplice esigenza: da un lato, quella difensiva e del contraddittorio, dall'altro, quella di mera collaborazione al fine di ottenere un quadro della situazione il più completo possibile. La legge n. 241/90 rappresenta, infatti, il risultato di un'inversione di tendenza sia tecnica che politica. Sotto un profilo strettamente tecnico, la scelta di

[49] Si veda F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo,* cit., pag. 1290.
[50] C.d.S., 15.09.1999 n. 14, cit..
[51] Così E. CARDI, *Procedimento amministrativo,* cit..

introdurre una normativa generale sul procedimento costituisce il frutto del cambiamento di indirizzo che affermava la supremazia della p.a. sul cittadino; l'inversione di tendenza sopra delineata è dovuta alle esigenze, sempre più sentite, di semplificare l'azione amministrativa, di rinnovare le strutture istituzionali, di ampliare la partecipazione dei cittadini alle scelte decisionali della pubblica amministrazione. Alla base di tale nuova concezione del procedimento c.d. partecipato si trova l'idea di un'amministrazione che non rileva solo per la funzione esecutiva e per la sua discrezionalità, bensì di un'amministrazione sufficientemente libera rispetto alla volontà politica, informata al rispetto di precise regole di comportamento, in grado di congegnare con libertà le operazioni, gli interventi e i provvedimenti in funzione sociale e capace di individuare e selezionare gli interessi. Oggi, la partecipazione funzionale ha lo scopo di perseguire una gestione del potere possibilmente "consentita" da parte dei destinatari[52].

L'istruttoria amministrativa non è solo il luogo dell'accertamento dei fatti ai fini dell'applicazione delle norme, ma è soprattutto la sede per i dibattiti sul merito, cioè sulle regole che devono guidare la p.a. nell'esercizio dei propri poteri. Il diritto di intervenire nel procedimento viene disciplinato compiutamente dall'articolo 10 della legge n. 241/90 laddove vengono enunciate le modalità attraverso cui i soggetti legittimati possono esercitare il loro diritto partecipativo. Contrariamente rispetto al passato, in cui le norme che disciplinavano in termini generali la materia non erano positivizzate e la fase istruttoria prevedeva esclusivamente una facoltà di "intervenire" rimessa al prudente apprezzamento dell'amministrazione procedente, oggi i soggetti individuati dal precedente articolo 9 si vedono riconosciuti un vero e proprio diritto cui corrisponde un obbligo giuridico. I contenuti di tali diritti tendono così a rendere effettiva la partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo, il cui scopo è quello di orientare, influenzare il contenuto del provvedimento finale ovvero di collaborare al processo decisionale.

Occorre precisare che il legislatore ha escluso ogni diversa forma di manifestazione di volontà quale, ad esempio, l'audizione (personale e di testimoni), l'esame orale, la possibilità di assistere alle ispezioni e agli accertamenti finalizzati alla decisione. Il procedimento, cioè, ha carattere esclusivamente documentale. I soggetti, il cui intervento attraverso la produzione di atti, documenti e osservazioni arricchisce la capacità conoscitiva della pubblica amministrazione, hanno il potere di agire per il soddisfacimento dei propri interessi. Questi, a tal fine, si vedono riconosciuto un preliminare diritto all'informazione che costituisce il presupposto imprescindibile per un'effettiva partecipazione. Esso è strumentale rispetto alla tutela di coloro che partecipano al procedimento. Si tratta, a ben vedere, di un accesso anticipato, che alcuni autori hanno definito *accesso c.d. endoprocedimentale*[53], che segna un

[52] Così A. ZUCCHETTI, in *L'azione amministrativa,* AA.VV., Milano, 2005, pag. 196.
[53] Così lo definisce F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo,* cit., pag. 1319.

ulteriore passo verso il perseguimento della trasparenza dell'azione amministrativa ed un capovolgimento rispetto alla precedente posizione che vedeva il soggetto interessato come un estraneo al procedimento.
Il c.d. diritto di accesso procedimentale è prodromico alla presentazione di memorie scritte e documenti. Dopo aver preso visione degli atti e averne conosciuto il relativo contenuto, i soggetti interessati, infatti, possono arricchire il bagaglio di conoscenze dell'amministrazione integrando la documentazione e, nel rispetto della dialettica del contraddittorio, presentare deduzioni e argomentazioni a supporto dei loro interessi. Mentre i documenti svolgono una funzione direttamente probatoria avvalorando in via principale le tesi di una parte, le memorie fungono da scritto sostanzialmente difensivo: sono argomentazioni dialettiche in cui le parti formulano richieste, istanze, chiariscono e motivano le loro ragioni in funzione orientativa per la p.a.. Entrambi devono essere valutati qualora siano pertinenti all'oggetto del procedimento[54]. Ed è proprio in questa fase che si attua la partecipazione-contraddittorio: il contenuto delle memorie e dei documenti orienta la formazione del provvedimento, induce l'amministrazione a considerare anche gli interessi del soggetto che interviene. Poiché la valutazione costituisce un obbligo giuridico, l'inosservanza di tale precetto determina un vizio nell'atto finale che risulterà, pertanto, illegittimo per violazione di legge. In questo precipuo caso, quindi, la partecipazione prevista dal legislatore rileva come vero e proprio contraddittorio e non come mero apporto collaborativo. Al termine di tale fase, l'organo responsabile dell'intero procedimento dovrà, all'interno del provvedimento adottato, fornire un'adeguata motivazione in merito alla valutazione svolta, tale da consentire agli interessati di ricostruire l'*iter* logico-giuridico attraverso il quale si è formata la volontà dell'amministrazione, giusto quanto stabilito dall'articolo 3 della legge stessa. Dalla naturale e giuridica correlazione instaurata tra il procedimento e il provvedimento, in virtù della quale il secondo costituisce il risultato del primo, deriva una necessaria connessione tra la motivazione e il provvedimento stesso. L'obbligo di motivare gli atti amministrativi in via generale è stato introdotto nel diritto positivo con la legge n. 241/90; in passato, l'assenza di tale previsione determinava, sostanzialmente, una violazione palese del principio di trasparenza dell'azione amministrativa. La motivazione, infatti, è la rappresentazione di quanto avvenuto nel corso del procedimento, il resoconto dell'operato svolto, esposto in maniera tale da consentire una valutazione *a posteriori* circa la correttezza dell'*iter* seguito.
Il legislatore, infine, ha previsto all'articolo 13 i casi di esclusione dal contradditorio. Essi riguardano l'attività diretta alla emanazione di atti normativi, di quelli amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione. Dal tenore letterale

[54] Un'eventuale dichiarazione di irricevibilità per in conferenza all'oggetto dovrà essere motivata pena l'illegittimità per eccesso di potere dell'atto conclusivo l'*iter* procedimentale.

della norma si evince come la partecipazione sia esclusa unicamente con riferimento all'*attività di emanazione* e non relativamente a quella di interpretazione o di attuazione per le quali continuerebbe a operare il regime ordinario. Gli atti normativi sono quelli legislativi o comunque espressione della volontà generale, formata cioè con il concorso dei cittadini stessi o dei loro rappresentanti. Gli atti amministrativi generali sono caratterizzati dal non avere come destinatari singoli o gruppi di soggetti determinati bensì una pluralità indeterminata di destinatari, sia che abbiano contenuto normativo (regolamenti) sia che tendano ad applicare od eseguire norme già vigenti (ordinanze, bandi di gara, bandi di concorso). Gli atti che riguardano il settore dell'urbanistica, dell'economia, della sanità, del commercio ecc., sono detti di pianificazione e programmazione. Per essi, il legislatore ha ritenuto che le norme specifiche di settore che disciplinano l'attività della loro formazione garantiscano già la partecipazione. Infine, il comma 2 del citato articolo esclude l'applicabilità delle norme del terzo capo della legge in virtù della peculiarità dell'attività svolta e nella conseguente, logica impossibilità di prevedere per essi lo strumento partecipativo. Al riguardo, il Consiglio di Stato già aveva definito la disposizione in argomento "fortemente limitatrice dell'ambito di applicazione della normativa sul contraddittorio[55]", riferendo tale assunto alla possibilità di evitare che l'applicazione integrale delle disposizioni in materia di giusto procedimento potessero indurre rallentamenti nello svolgimento dei procedimenti destinati a incidere sulla sfera giuridica di un numero illimitato e indeterminato di soggetti. Una dottrina[56] ritiene invece che con l'articolo in esame non si sia voluto escludere la *partecipazione* ai procedimenti generali ma solo «salvaguardare» un ambito dell'attività pubblica, quella politica, a cui non possono riferirsi le norme contenute nello stesso capo III.

5. *La legge 11 febbraio 2005 n. 15 e la nuova comunicazione di avvio del procedimento.*

Dopo oltre quattro anni di attesa, al termine di un travagliato iter parlamentare iniziato il 25 ottobre 2000, il legislatore ha approvato la legge 11 febbraio 2005 n. 15, recante "*modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa".* A quasi quindici anni dalla sua entrata in vigore, la prima legge generale sul procedimento amministrativo è stata sostanzialmente trasformata in una legge generale dell'azione amministrativa[57].

Mentre l'originaria disciplina ruotava intorno al cittadino e cercava di porlo su un piano di sostanziale parità con la pubblica amministrazione, l'ultimo intervento

[55] C.d.S., parere dell'Ad. Gen., 17 febbraio 1987, n. 7, in *Il procedimento amministrativo,* cit., pag. 587 e segg..

[56] Cfr. S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica,* cit., pag. 172.

[57] Si veda, tra gli altri, M. DE BENEDETTO, *procedimento amministrativo (riforma del),* in *Enc. Giuridica Treccani*, XXIV, 2005.

legislativo guarda all'impianto da un punto di vista dell'azione amministrativa. In precedenza, infatti, l'esigenza di garanzie nuove e più ampie aveva condotto a rivoluzionare il sistema dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino, in quanto l'attività della pubblica amministrazione vedeva il suo cardine nel cittadino stesso, era modellata dal suo punto di vista e si manifestava attraverso una serie di garanzie postulate in vista del raggiungimento degli interessi generali tenendo conto degli interessi dei terzi, protetti dall'ordinamento. Adesso, a qualcuno[58] è a prima vista sembrato che l'attenzione si sia spostata verso il mero esercizio del potere amministrativo a discapito delle garanzie delle posizioni soggettive; che le modifiche guardino più all'azione amministrativa e all'effettività del suo risultato piuttosto che alle garanzie delle posizioni giuridiche che appaiono quantomeno appannate[59].

E' altrettanto vero però che le nuove disposizioni introducono norme importanti che attengono ai rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione quali quelle relative al criterio della trasparenza e della partecipazione procedimentale[60]. Ci si riferisce alla norma sul contraddittorio endoprocedimentale necessario che impone all'amministrazione, prima di emanare un provvedimento sfavorevole per il cittadino istante, di comunicargli le ragioni ostative all'accoglimento della sua richiesta; tale norma attribuisce al partecipante più concrete opportunità di ottenere dalla p.a. stessa quanto di suo interesse. Anche un'autorevole dottrina[61] ha sostenuto questa doppia chiave interpretativa affermando che la nuova legge, per un verso, contiene alcune norme che costituiscono il recepimento in sede legislativa di orientamenti che sono maturati in questi tre lustri in sede giurisprudenziale e, per altro verso, introduce disposizioni che tendono a mutare e a rendere comunque maggiormente paritario il rapporto tra cittadino e p.a.. Esse, ancora una volta, sono il frutto di una spinta operata dalla giurisprudenza e dalla dottrina volta a positivizzare le teorie e i dibattiti degli ultimi anni relativamente alla legge n. 241 del 1990. Si collocano in un momento storico di continua evoluzione normativa e tendono a garantire economicità, efficienza, pubblicità e trasparenza all'interno della pubbliche amministrazioni, anche in risposta all'esigenza di armonizzare le

[58] G. MASTRODONATO, *La motivazione del provvedimento nella riforma del 2005,* in www.lexitalia.it, 2005, n. 10, per il quale la nuova legge presta attenzione più ai profili che riguardano l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa che agli aspetti del c.d. garantismo.

[59] O. FORLENZA, *Un'enfatizzazione del principio di efficacia a scapito delle garanzie di tutela dei cittadini,* in *Guida al diritto*, 2005, n. 10, pag. 42 e segg.; B.G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2005, n. 8, pag. 817 e segg..

[60] Vedi anche E. BONELLI, *Efficienza, partecipazione ed azione amministrativa: regioni ed enti locali a confronto con la riforma del procedimento,* in *l'Informatore delle autonomie locali*, 2005, n. 7, per il quale il legislatore ha modificato «la madre di tutte le leggi» che disciplinano l'attività amministrativa nel nostro paese, sia per adeguarla alle mutate esigenze funzionali e gestionali della nostra p.a. sia per soddisfare le accresciute esigenze di partecipazione.

[61] Così G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura,* in www.lexitalia.it, 2005, n. 1.

regole che presiedono alla cura di interessi pubblici[62]. Può allora coerentemente sostenersi che tra le varie finalità perseguite, il legislatore intendesse anche iniziare la costruzione di una codificazione del diritto amministrativo sostanziale[63]. L'impianto generale della legge è infatti coerente con l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale degli anni successivi all'introduzione della L.n. 241/90 e può migliorare l'attività amministrativa nell'ottica di una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione della p.a. e della tutela effettiva del cittadino.

Secondo la dottrina maggioritaria[64], le principali innovazioni della novella legislativa sono state introdotte sulla scia di un modello di pubblica amministrazione in cui prevale il ruolo di servizio (che è al centro dell'azione amministrativa stessa) e che si pone sempre più nella prospettiva di un rapporto paritario con il cittadino.

La nuova legge sul procedimento amministrativo si conferma, dunque, come «una carta dei diritti del cittadino», la magna carta dei servizi della pubblica amministrazione, ispirata, da un lato, a criteri di maggiore celerità ed efficienza dell'azione amministrativa, dall'altro a principi di conoscibilità dell'operato della p.a. e di partecipazione dell'amministrato al concreto svolgimento della funzione pubblica.

Una delle innovazioni più radicali degli ultimi anni, in effetti, è consistita nel diverso modo di concepire e valutare le pubbliche amministrazioni in relazione alla capacità di realizzare compiutamente gli obiettivi assegnati dall'ordinamento e in termini di efficienza, efficacia ed economicità della loro azione, rispettando in modo sempre più significativo i singoli diritti dei cittadini[65]. Le finalità perseguite da alcuni istituti della legge n. 241 del 1990, più precisamente quella della funzione di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei terzi interessati al procedimento (la c.d. partecipazione difensiva) e quella più prettamente collaborativa volta al perseguimento degli interessi pubblici, hanno condotto il legislatore ad integrare i contenuti del capo terzo della medesima normativa.

Con la partecipazione viene concretamente attuato il principio di trasparenza inteso nella sua duplice veste di rendere conoscibile all'esterno il percorso logico-giuridico seguito dalla p.a. e di consentire la permeabilità del processo decisionale pubblico ai contributi dei privati. In tale modo, da un lato, si ottiene un'amministrazione

---

[62] M. VAGLI, *La comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati tra evoluzione giurisprudenziale e novità legislative,* in www.lexitalia.it, 2005, n. 4.

[63] In senso analogo, M. A. SANDULLI, *L'azione Amministrativa, AA. VV.,* Milano, 2005, pag. VII e segg., secondo cui le integrazioni introdotte dalla novella del 2005 valgono a trasformare la Legge n. 241/90 in una "legge generale sul procedimento". A. MASSERA, *La Riforma della legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura,* in www.astrid-online.it, parla di un vero e proprio corpo di norme generali sull'azione amministrativa.

[64] *Ex pluribus,* si veda V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa,* in *Astrid rassegna,* 2005, n. 4.

[65] Per un approfondimento sui principi generali della legge n. 15 del 2005, si veda V. ITALIA, *L'azione amministrativa, AA.VV.,* pag. 3 e segg., Milano, 2005.

condivisa, concordata e partecipe e, dall'altro, si determina un minor contenzioso. In tale ambito normativo, la comunicazione di avvio del procedimento[66], così come introdotta dal legislatore del 1990, in funzione costruttiva, costituiva garanzia di trasparenza, di correttezza del procedimento ed era sia "il fiore all'occhiello" che "l'handicap" di tutto il procedimento stesso, a seconda delle visioni giuridiche[67]. L'istituto, che non trova corrispondente alcuno negli altri ordinamenti dell'Unione Europea, è stato riconosciuto sia come un importante e irrinunciabile strumento di garanzia partecipativa sia come strumento di appesantimento amministrativo.

In un'ottica generale, comunque, è evidente che la comunicazione di avvio del procedimento, senza la quale la partecipazione sarebbe un vuoto esercizio di stile, rappresenta lo strumento essenziale con cui i soggetti interessati possono venire a conoscenza del procedimento amministrativo e, conseguentemente, intervenire[68].

In precedenza, infatti, la giurisprudenza si era espressa in maniera uniforme e costante definendo la comunicazione di avvio nei procedimenti iniziati su istanza di parte inutile, superflua, una mera duplicazione di formalità[69]; ovvero un aggravio per l'amministrazione, non compensato da particolari utilità per i soggetti interessati[70]. Ciò sul presupposto secondo cui il cittadino, per il semplice fatto di aver avanzato un'istanza, avrebbe comunque dovuto conoscere tutti i termini dell'iter procedimentale. Invece, la comunicazione assolve a una funzione sociale, prima ancora che giuridica, in quanto contiene una serie di informazioni che solo quando giungono a conoscenza del diretto destinatario garantiscono il pieno soddisfacimento dei principi di partecipazione e di trasparenza. Tale opinione trova il suo principale fondamento nella tesi secondo cui una buona amministrazione è garantita più dal corretto svolgimento della sua azione che non dai risultati raggiunti[71]. Così considerata, la comunicazione non è più un inutile doppione o mera formalità, ma fornisce al cittadino informazioni orientate ad agevolare la sua partecipazione al procedimento evitando soverchie ingiustizie[72].

Così come i primi commentatori avevano sostanzialmente considerato positivamente l'impianto generale della legge n.15/2005, ritenendolo un sensibile passo in avanti verso un modello partecipativo più rispondente alle esigenze di

---

[66] Per F. MARIUZZO, in *L'azione amministrativa,* AA.VV., cit., pag. 243, la comunicazione ricopre una funzione meramente strumentale alla decisione finale.

[67] Così M. A. SANDULLI, ult. op. cit..

[68] Sull'argomento cfr. M. VAGLI, *La comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati tra evoluzione giurisprudenziale e novità legislative,* cit., secondo cui la partecipazione rappresenta un principio di civiltà giuridica, un nuovo modello democratico di agire amministrativo.

[69] C.d.S., Sez. VI, 7 aprile 2004, n. 1969, in www.giustizia-amministrativa.it.

[70] C.d.S., Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

[71] In senso analogo vedi V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo,* in *Urbanistica e appalti*, 2005, n. 11, pag. 1252.

[72] S. TOSCHEI, *Maggiori poteri al responsabile del procedimento,* in *Guida al diritto,* 2005, n. 10, pag. 64. In senso diverso, S. C. MATTEUCCI, *La comunicazione di avvio del procedimento dopo la L.n. 15/2005. Potenziata nel procedimento, dequotata nel processo,* in *Foro amm.,* 2005, Cons. St. 1963.

tutela dei cittadini, allo stesso modo sempre parte della dottrina[73] – da subito – ha affermato che alcune previsioni integravano un chiaro esempio di minor tutela per il medesimo cittadino. La critica maggiore ha riguardato la previsione del divieto di annullamento del provvedimento in mancanza della comunicazione di avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Altri[74] si sono spinti finanche a ritenere la disposizione suscettibile di un sindacato di illegittimità costituzionale. Peraltro, il legislatore ha ampliato il novero dei provvedimenti assoggettabili a tale particolare "garanzia di resistenza" includendo tutti i provvedimenti discrezionali e non solo quelli aventi natura vincolata. La previsione che il mancato avviso di avvio del procedimento, in presenza della dimostrata prova della non modificabilità del provvedimento comunque emanato, non comporti il suo annullamento trova ampio riscontro nella giurisprudenza[75], da sempre propensa a "salvare" i provvedimenti ritenuti di contenuto corretto. La nuova disposizione mira a conferire un ruolo giuridico a quelle posizioni giurisprudenziali che vedevano nel c.d. "raggiungimento dello scopo" uno dei motivi per i quali poteva configurarsi l'irregolarità quale autonoma fattispecie di "vizio minore" del provvedimento[76].

Già il Consiglio di Stato[77], infatti, aveva sostenuto che l'articolo 7 della legge n.241/90 serve essenzialmente a consentire al destinatario dell'atto conclusivo la partecipazione alla procedura stessa, attraverso la presentazione di difese, deduzioni e documenti, di cui la p.a. deve tener conto in sede istruttoria e nella statuizione finale, sicché tale formalità è superflua quando l'interessato abbia conseguito *aliunde* la conoscenza del procedimento e vi abbia potuto partecipare.

---

[73] Così V. FANTI, ult. op. cit.,; S. C. MATTEUCCI, ult. op. cit.; F. CARINGELLA e M.T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo,* cit., per i quali la disposizione di cui all'art.21-*octies* è innovativa ma foriera di spunti critici. Si veda anche, D. CHINELLO, *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n.15/2005,* in www.lexitalia.it, n.5/2005, per il quale il secondo comma dell'art. 21-*octies* è in contraddizione con il rafforzamento delle garanzie partecipative dei privati giacché segna una radicale riduzione delle garanzie del cittadino, in spregio a quel principio di democraticità dell'azione amministrativa che aveva ispirato l'originaria legge sul procedimento. Vedi anche G. GRASSO, *Spunti di riflessione sull'art.21 octies, 2° comma l.n.241/90,* in www.lexitalia.it, n.7-8/2005. Analogamente G. FARINA, *L'articolo 21 octies della nuova legge 241/1990: la codificazione della mera irregolarità del provvedimento amministrativo,* in www.lexitalia.it, n.9/2005, per il quale la norma in argomento confligge apertamente con il tentativo di potenziamento degli istituti di partecipazione esperito dalla legge n.15/2005.

[74] L. D'ANGELO, *L'art.21-octies, comma 2, L.n.241/1990: onere probatorio della p.a. ed eccesso di potere controfattuale,* in www.lexitalia.it, n.7-8/2005; V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo,* cit..

[75] In senso analogo, F. CARINGELLA e M.T. SEMPREVIVA, ult. op. cit., secondo cui la disposizione ha l'intento di elevare a livello di norma sostanziale un filone giurisprudenziale consolidato.

[76] Così L. OLIVIERI, *L'irregolarità del provvedimento amministrativo nell'articolo 21-octies, comma 2, della legge 241/1990, novellata,* in www.lexitalia.it, n. 4/2005.

[77] C.d.S., Sezione V, 28 maggio 2001, n.2884, in www.giustizia-amministrativa.it.

Secondo una dottrina[78], è evidente come l'intero articolo 21-*octies*[79] si fondi sulla necessità di evitare che provvedimenti «giusti» nel contenuto vengano annullati a causa di meri vizi formali.
Altra opinione[80] ha sostenuto che l'enfatizzazione della teoria dell'irregolarità e del principio del raggiungimento dello scopo appaiono in chiara antitesi con lo scopo concreto della legge n. 241/1990, di porsi come norma di garanzia del giusto procedimento. Alla medesima dottrina, inoltre, è apparsa una forte contraddizione in termini l'aver, da un lato, reso più pregnante e incisivo il disposto di cui all'articolo 8 della medesima legge, laddove si è previsto il contenuto tipico della comunicazione e, dall'altro, aver "teso a privare di rilevanza l'avviso stesso". In altri termini, in molti hanno ritenuto[81] che la norma richiamata abbia determinato un indebolimento del valore precettivo dell'articolo 7.
Altra novità di rilievo è poi costituita dall'inversione dell'onere probatorio, che secondo la giurisprudenza incombeva sull'interventore necessario pretermesso, e che ora è addossato sull'amministrazione. Dovrà essere infatti quest'ultima a dimostrare che l'intervento dell'interessato nulla avrebbe cambiato quanto al contenuto del provvedimento; la c.d. "*probatio diabolica*" è stata ribaltata a favore dell'interessato che non dovrà più fornire la prova della utilità della sua partecipazione.
Tutti i commentatori, unanimemente, hanno, al riguardo, sostenuto la tesi secondo la quale la regola dell'onere della prova debba essere sempre interpretato in maniera rigorosa al fine di renderla coerente con i principi sanciti dalla legge stessa.
Sul punto anche la più recente giurisprudenza[82] ha affermato che il provvedimento viziato per mancato avviso di avvio del procedimento non è assoggettato a un regime di invalidità o irregolarità diverso da quello ordinario, ma è considerato dalla legge non annullabile perché la circostanza che il suo contenuto sia, nonostante i vizi, quello corretto priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità. Per di più, il principio del raggiungimento dello scopo è sempre integrato quando il privato ha ricevuto un

[78] G. CARUSO, *Svolta per le regole sull'invalidità formale,* in *Guida al diritto*, 2005, n.10, pag. 75.
[79] Per un commento si veda, R. GISONDI, *L'art. 21-octies della legge 241/1990 fra atto e processo amministrativo,* in *Urbanistica e appalti,* 2007, 1, 58.
[80] L. OLIVIERI, ult. op. cit., il quale ritiene che la declaratoria di non annullabilità del vizio di mancato avvio del procedimento contrasti con la funzione garantista della legge.
[81] *Ex pluribus,* si veda V. FANTI, ult. op. cit., secondo cui la previsione è un controsenso poiché si pone in aperta contraddizione con lo spirito della legge. Per l'autrice "l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento degrada a previsione di carattere formale che può tranquillamente non essere osservata dalla p.a. in quanto è sufficiente che dimostri che il «provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»".
[82] C.d.S., Sez. VI, 5 maggio - 7 luglio 2006, n. 4307, in *Guida al diritto*, 2006, n. 31, pag. 83 dove si afferma che l'articolo 21-*octies* non determina alcuna degradazione di un vizio di legittimità a mera irregolarità. Sul punto si veda anche il commento di D. GIUNTA, *La prova non può riguardare scelte che entrano nel merito,* in *Guida al diritto*, 2006, n.31, pag. 87.

atto equipollente ovvero ha comunque partecipato al procedimento[83]. Se tuttavia per la prima parte dell'articolo 21-octies deve essere palese che il contenuto dei provvedimenti vincolati non poteva essere diverso, per la seconda parte della norma, relativa alla violazione dell'articolo 7 delle legge 241/1990, è richiesta all'amministrazione una prova particolarmente rigorosa della circostanza che il provvedimento non poteva essere diverso da quello in concreto adottato, la quale non può peraltro concernere valutazioni di merito, precluse al giudice amministrativo[84]. Secondo parte della dottrina[85], in tali casi l'amministrazione ha peraltro l'obbligo di provare che la partecipazione del soggetto interessato non avrebbe determinato un esito diverso. Da ultimo, sono da segnalare alcuni orientamenti interpretativi giurisprudenziali[86] di segno contrario volti a riconsegnare alla comunicazione di avvio del procedimento quel ruolo centrale e necessario e quel carattere cogente che parevano invece essere stati attenuati dalla legge di riforma.

6. *La comunicazione di avvio del procedimento per l'emanazione dei provvedimenti del Questore del foglio di via obbligatorio e del daspo.*

Le ineludibili esigenze di tutela della sicurezza pubblica e della collettività, soprattutto nei confronti di quei soggetti dotati di una marcata pericolosità sociale, e la necessità di garantire efficaci strumenti di prevenzione indussero il legislatore del 1956 a disciplinare con la legge n. 1423[87] la misura del rimpatrio con foglio di via obbligatorio. Invero, il provvedimento era già regolato dal testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza che all'articolo 157 prevedeva il citato istituto il quale, però, subì le censure della Corte Costituzionale[88], limitatamente al potere dell'Autorità Locale di pubblica sicurezza di imporre il rimpatrio con la traduzione del soggetto. In quella sede, i Giudici delle Leggi statuirono che la sicurezza[89] risiede nel pacifico esercizio dei diritti di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione e aggiunsero che essa è assicurata, in uno Stato democratico e di diritto, dall'ordinato vivere civile e dallo svolgimento delle attività lecite scevro da

[83] In senso analogo, T.A.R. Milano, sez. II, 04.04.2007, n.1396, in www.giustizia-amministrativa.it.
[84] C.d.S., sez. IV, 11.05.2007, n. 2256, in www.giustizia-amministrativa.it.
[85] S. FIENGA, *I nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di procedimento amministrativo*, in *Giornale Dir. Amm.,* 2008, 2, 179.
[86] C.d.S., 10.01.2007, n. 36, in *Giornale Dir. Amm.,* 2007, 4, 404; Cass. civ., SS.UU., 08.05.2007, n.10367, in *Mass. Giur. It.,* 2007.
[87] *Amplius,* E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giuridica Treccani,* 1996, XX; D. PETRINI, *La natura giuridica delle misure di prevenzione,* in *Quaderni del CSM,* n. 104/1998, pag. 15 e segg.
[88] Corte Cost., 14 giugno 1956, n. 2, in *Giur. Cost.*, 1956, pag. 602.
[89] Cfr. T. F. GIUPPONI, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, 2007, in www.forumcostituzionale.it, per il quale la sicurezza è uno strumento di tutela dei diritti.

qualsiasi minaccia. La pericolosità[90], invece, è caratterizzata da manifestazioni esteriori di insofferenza e di ribellione ai precetti legislativi e agli ordini legittimi della Autorità Pubblica che determinano allarme, violenza e minaccia per la generalità dei cittadini cui viene di conseguenza limitata la propria libertà di azione.
La misura del foglio di via rappresenta allora il naturale portato della necessità di garantire, in via generale e preventiva, la tranquillità pubblica. Essa costituisce la prima, immediata e concreta risposta di fronte alla manifestazione del pericolo (*rectius:* della pericolosità sociale). Si applica a determinate categorie di persone, abitualmente dedite alla commissione di delitti dai cui proventi traggono sostegno, che con il loro comportamento costituiscono un pericolo per la sicurezza pubblica quando le stesse si trovino (senza alcun giustificato motivo) fuori dal loro luogo di residenza[91]. La misura si esegue con il c.d. rimpatrio e si accompagna al divieto di ritornare in quel luogo, senza preventiva autorizzazione, per un periodo non superiore a tre anni. L'organo competente a irrogarla è il Questore della provincia in cui si trova il territorio dal quale il soggetto deve essere allontanato. Il provvedimento, insieme all'avviso orale del Questore e al divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive, è l'unica misura di prevenzione ad avere natura unicamente amministrativa. La sorveglianza speciale di p.s., invece, viene applicata al termine di un procedimento giurisdizionale nel corso del quale il soggetto esercita il proprio diritto alla difesa. Invero, la legislazione in materia di misure di prevenzione, a causa della sua specifica finalità, ha da sempre presentato problematici riflessi di armonizzazione con la disciplina sul procedimento amministrativo.
La Corte Costituzionale[92], chiamata a pronunciarsi circa la denunciata illegittimità dell'art. 2 Legge n.1423/1956 per contrasto con gli articoli 3, 13 e 24 della Costituzione, nel dichiarare infondata la questione, ha però colto l'occasione per affermare alcuni importanti principi. Al di là della consolidata e oramai pacifica interpretazione della stessa Consulta[93], per la quale il foglio di via obbligatorio non incide sulla libertà personale poiché non determina una "degradazione giuridica dell'individuo", cioè una mortificazione della sua dignità, e non viola il diritto alla difesa in quanto esso è garantito costituzionalmente solo per i procedimenti giurisdizionali e non anche per quelli amministrativi, i Giudici della Corte hanno precisato che la comunicazione di avvio del procedimento, introdotta dalla legge n.

[90] Sul concetto si veda, P. MAZZA, *la pericolosità sociale nel sistema delle misure di prevenzione,* in *Rivista di Polizia,* 1997, VIII-IX, pag. 489 e segg..
[91] Articolo 2 , Legge 27.12.1956, n. 1423, così come modificato dalla Legge 03.08.1988, n. 327.
[92] Corte Cost., 31.05.1995, n. 210, in *Guida al diritto,* 1995, n. 34, pag. 59. Per un primo commento, si veda M. DE BERNART, *La comunicazione dell'avvio del procedimento in materia di sicurezza pubblica,* in *Riv. giuridica di polizia,* 1997, n. 3, pag. 309 e segg..
[93] Corte Cost. 20.06.1964, n. 68 e Corte Cost. 24.04.1994 n. 419, in www.cortecostituzionale.it.

241/1990, si applica in via generale a tutti i provvedimenti, a prescindere dall'autorità amministrativa che li emana e dal modulo procedimentale utilizzato.
Il predetto onere e la successiva fase partecipativa che si instaura costituiscono, secondo i Supremi Giudici, un momento indefettibile di tutto il procedimento e svolgono un ruolo condizionante la validità del procedimento stesso. Al riguardo, la richiamata sentenza concludeva affermando che nei procedimenti inerenti la prevenzione della criminalità la partecipazione è assicurata proprio dalla comunicazione di avvio del procedimento e non ricomprende anche l'esercizio del diritto di accesso. Purtuttavia, se è vero che evidenti ragioni di ordine e sicurezza pubblica consentono, ai sensi del Decreto del Ministro dell'Interno 10.05.1994, n. 415, di escludere dal novero degli atti accessibili le relazioni di servizio e gli altri atti inerenti l'attività di tutela della collettività e di prevenzione e repressione della criminalità, a nostro parere, invece, come del resto esposto nelle pagine che precedono, l'attività partecipativa non può esaurirsi nella mera comunicazione ma deve consentire almeno la presentazione di memorie difensive e documenti attraverso i quali il soggetto vede effettivamente garantito il proprio diritto alla difesa[94].
Tale obbligo informativo incontra un'eccezione nelle particolari esigenze di celerità, adeguatamente motivate, e sindacabili sotto il profilo dell'eccesso di potere, in presenza delle quali l'amministrazione può omettere la comunicazione[95]. La stessa Corte di Cassazione[96] aveva avallato tale orientamento affermando l'insussistenza, in relazione alla misura del rimpatrio, dell'obbligo di avviso di avvio del procedimento in virtù delle esigenze di semplicità e di celerità che connotano il provvedimento.
In assenza delle sopra richiamate esigenze, l'omessa comunicazione legittimava il rimpatriato a impugnare il provvedimento dinanzi gli organi della giustizia amministrativa, fatta salva l'applicazione del richiamato principio di derivazione giurisprudenziale del c.d. raggiungimento dello scopo[97]. La modifica legislativa del 2005, infine, ha limitato maggiormente le conseguenze negative dei vizi formali al punto che secondo una dottrina[98] l'obbligo della comunicazione perde ora tutto il suo valore stante l'irrilevanza della sua omissione.
Invero, anche successivamente alla entrata in vigore della nuova legge, i giudici della Suprema Corte[99] hanno continuato a ritenere che, almeno limitatamente alle

[94] In senso analogo si veda, C. MAINA, *Novità nel procedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio,* in *Dir. Pen. e Processo,* 1996, 6, 703. C.d.S., sez. V, 10.10.2007, n. 36, cit..
[95] Cfr. F. CARINGELLA e M.T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo*, cit., pag. 108, per i quali alcuni provvedimenti repressivi dell'Autorità di Pubblica Sicurezza rientrano tra le deroghe tacite all'obbligo della comunicazione.
[96] Cass. pen. sez. I, 19.05.2004, n. 27053, in *Rivista di Polizia*, 2005, 664.
[97] *Ex pluribus,* C.d.S., sez. IV, 18.05.1998, n. 836, in *Foro amm.*, 1998, 1377.
[98] V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo*, cit..
[99] Cass. pen., sez. I, 01.06.2006, n. 21916, in *Riv. Pen.,* 2007, 5, 574.

misure di prevenzione, l'obbligo di comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento per l'emanazione del provvedimento del Questore del foglio di via obbligatorio non sussiste quando, per evidenti ragioni di ordine e sicurezza pubblica, vi sia la necessità di disporre l'immediato allontanamento della persona pericolosa.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato poi confermato anche dai Giudici di Palazzo Spada[100], i quali hanno confermato la validità di un provvedimento dell'Autorità di Pubblica Sicurezza per il quale era stata omessa la rituale comunicazione, ritenendo pienamente integrate le ragioni di urgenza che sollevano l'amministrazione dal relativo obbligo, qualificate dal pericolo della compromissione dell'ordine pubblico. E che tale solco interpretativo sia quello più logico e coerente con le finalità delle misure di prevenzione lo si deduce anche da una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato[101]. Secondo i giudici amministrativi, infatti, le urgenti esigenze di tutela della sicurezza pubblica consentono di omettere la comunicazione di avvio del procedimento quando vi sia la necessità di provvedere all'immediato allontanamento del soggetto, senza che ciò determini in alcun modo alcuna lesione del diritto di libertà, che in tale caso subisce semplicemente una limitazione derivante dalle prevalenti garanzie di tutela sociale della collettività.

Sotto altro profilo, appare opportuno evidenziare che in linea generale il soggetto destinatario della misura del foglio di via è comunque messo nelle condizioni di partecipare al procedimento, soprattutto nella fase di raccolta delle informazioni necessarie per giungere a una determinazione di allontanamento. E ciò innanzitutto quando il provvedimento (di rimpatrio e di divieto di ritorno) è emesso immediatamente, cioè in presenza del soggetto destinatario della misura. Per di più, nei casi in cui il divieto di ritorno in un Comune è disgiunto dall'ordine di lasciare un determinato territorio, tale momento partecipativo accentua la sua valenza. In tali casi, infatti, prima che il Questore emetta materialmente il provvedimento di divieto di ritorno, l'interessato può sempre presentare memorie e documenti per provare l'insussistenza dei presupposti di fatto o di diritto che sono alla base della misura.

L'obbligo della comunicazione assume una funzione particolare anche nelle ipotesi di provvedimento di divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono le manifestazioni sportive, meglio noto come "daspo". La misura, introdotta nel 1989 con la legge n. 401 per contrastare il crescente fenomeno della violenza negli stadi di calcio[102], è stata più volte modificata nel corso degli anni per adeguarla alle diverse, mutate esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica[103]. L'ultimo intervento

[100] C.d.S., sez. VI, 07.02.2007, n. 509, in www.giustizia-amministrativa.it.

[101] C.d.S., sez.VI, 22.04.2008, n. 1841, in www.giustizia-amministrativa.it.

[102] Sul tema si veda *amplius*, T. DE ROSE, *La violenza negli stadi*, in *Rivista di Polizia*, 1997, II, pag. 73.

[103] Per i commenti alle modifiche normative, si veda P. MOLINO, *Le nuove norme contro la violenza negli stadi: la questione dell'arresto del "tifoso" violento*, in *Rivista di Polizia*, 2001, XI, pag. 734; P. MOLINO, *Il*

emergenziale in materia risale al febbraio 2007 con l'introduzione di nuove disposizioni urgenti per prevenire e reprimere fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche. Anche in quest'ultima circostanza, solo la tragica morte di un Ispettore di Polizia, in servizio di ordine pubblico durante gli scontri tra gli ultras al termine dell'incontro di calcio Catania – Palermo, ha determinato la necessità di varare il decreto legge 8 febbraio 2007 n. 8, convertito con modificazioni nella legge n. 41/2007[104].

Sotto un profilo procedurale, il provvedimento del Questore che inibisce la partecipazione a manifestazioni sportive soggiace, in linea generale e teorica, alla medesima disciplina prevista, in tema di comunicazione di avvio del procedimento, per la generalità degli atti amministrativi. Fanno eccezione i casi in cui la necessità e l'urgenza di tutelare prontamente l'ordine pubblico e di garantire il regolare svolgimento delle manifestazioni sportive, evitando così che chi sia risultato coinvolto in episodi di violenza possa reiterare le stesse condotte, consentono di non far precedere la misura dalla comunicazione di avvio del procedimento[105]. In dette circostanze, quindi, l'applicazione della particolare misura di prevenzione (daspo) è pienamente legittima anche in assenza dell'adempimento previsto dall'articolo 7 della legge n. 241 del 1990. In caso contrario, infatti, sussisterebbe il concreto pericolo di non soddisfare l'interesse pubblico cui il provvedimento stesso è rivolto.

In definitiva, se è vero che la partecipazione assurge a un ruolo di verifica circa la correttezza e la legittimità anche dei provvedimenti che incidono sulla libertà di circolazione, è altrettanto vero che l'ordine e la sicurezza pubblica sono in molti casi garantiti solo attraverso (legittimi) provvedimenti di polizia in cui l'urgenza e la rapidità rappresentano l'unico strumento per evitare di esporre a pericolo la comunità.

---

nuovo decreto antiviolenza negli stadi: il ritorno dell'arresto "differito", in *Rivista di Polizia*, 2003, V, pag. 289; M. MANCINI PROIETTI, *Lineamenti generali della disciplina normativa di prevenzione e contrasto al fenomeno della violenza negli stadi,* in *Rivista di Polizia*, 2005, I-II, pag. 3; M. MANCINI PROIETTI, *Nuove riflessioni sulla disciplina generale di contrasto ai fenomeni di violenza nelle manifestazioni sportive*, in *Rivista di Polizia*, 2006, XI-XII, pag. 724.

[104] Per un approfondimento, M. F. CORTESI, *Nuove norme per la repressione della violenza negli stadi*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2007, 6, 713; O. FORLENZA, *Previsto per un minimo di tre mesi il divieto di accesso alle manifestazioni*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 9, pag. 29; G. CARUSO, *Niente biglietti gratis ai «diffidati»*, in *Guida al diritto*2007, n. 9, pag. 35; G. CARUSO, *Biglietti ai «diffidati», sanzioni alle società*, in *giuda al diritto*, 2007, n. 17, pag. 39.

[105] In senso analogo, T.A.R. Venezia, sez. III, 21.08.2008, n. 2575 e C.d.S., 16.10.2006, n. 6128, in www.giustizia-amministrativa.it