



*Direttore*

**Donatantonio Mastrangelo**

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

*Comitato scientifico*

**Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi**

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

**Angelo Giuseppe Orofino**

Libera Università Mediterranea

**Annamaria Bonomo**

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

## ISTITUZIONI E PROSPETTIVE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO



La collana vuol proporre nuovi studi giuridici che considerino aspetti istituzionali dell'organizzazione, dell'attività, della giustizia amministrativa da prospettive atte a coglierne inquadramento sistematico, ragioni storiche, linee evolutive. Opere che, coniugando il rigore scientifico alla chiarezza e brevità espositive, possano rispondere anche ad esigenze didattiche universitarie e di qualificazione o aggiornamento professionale.

*Vai al contenuto multimediale*



Paolo Patrito

**Premesse storiche e comparatistiche  
per uno studio sulla partecipazione  
al procedimento amministrativo**





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXVIII  
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.giacchinoonoratieditore.it](http://www.giacchinoonoratieditore.it)  
[info@giacchinoonoratieditore.it](mailto:info@giacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1666-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2018

# Indice

- 9 *Premessa*
- 17 **Capitolo I**  
*La partecipazione al procedimento amministrativo: profili ricostruttivi. Le esperienze italiana, inglese e francese a confronto*
- 1.1. Partecipazione procedimentale e contraddittorio difensivo: l'aporia della decisione giusta preceduta da un procedimento ingiusto, superamento dell'aporia, 17 – 1.2. Le diverse funzioni della partecipazione procedimentale: il punto di vista italiano, 34 – 1.3. Il punto di vista inglese: le *public inquiries*, 43 – 1.4. Il punto di vista francese, 51 – 1.5. Una sorta di “guida alla lettura”, 59.
- 63 **Capitolo II**  
*Historia magistra vitae (?): le enquêtes de commodo et incommodo, le public inquiries e la loro influenza sull'esperienza giuridica al di qua delle Alpi*
- 2.1. Le *enquêtes de commodo et incommodo*: introduzione al tema, 63 – 2.1.1. *Inquadramento storico delle enquêtes de commodo et incommodo*, 70 – 2.2. *L'enquête amministrativa*, 74 – 2.3. *L'enquête “giurisdizionale” e le sue origini ecclesiastiche*, 80 – 2.3.1. *La fase di opposizione alla registrazione delle lettere patenti. Rappresentazione di interessi versus difesa di interessi. Cenni sull'appel avverso le decisioni amministrative e sui “motivi di ricorso”*, 95 – 2.3.2. *Il concorso tra enquête amministrativa e enquête “giurisdizionale”: alle origini della separazione tra amministrazione e giurisdizione*, 101 – 2.4. *L'établissement delle industrie nocive: dall'Ancien Régime al decreto 15 ottobre 1810. La proceduralizzazione dell'enquête de commodo et incommodo*, 106 – 2.4.1. *La nuova enquête de commodo et incommodo: la procedura*, 116 – 2.5. *L'inchiesta de commodo et incommodo al di qua delle Alpi: il Regno di Sardegna*, 119 – 2.5.1. *Il Granducato di Parma*, 122 – 2.6. *Collaborazione e difesa degli interessati: l'espropriazione per pubblica utilità nell'esperienza sabauda*, 123 – 2.7. *L'espropriazione per pubblica utilità in Francia*, 130 – 2.8. *L'esperienza d'Oltremania: le public inquiries. Origini ed evoluzione storica*, 136 – 2.8.1. *L'opposizione di fronte al Parliament e gli*

*Standing Orders*, 141 – 2.8.2. *Da Parliament all'Esecutivo: le trasformazioni di fine Ottocento delle public inquiries*, 147 – 2.9. *Public inquiries ed enquêtes de commodo et incommodo: un confronto*, 150.

153    **Capitolo III**

*Influenza della partecipazione sull'individuazione dell'interesse pubblico*

3.1. La scoperta dell'interesse pubblico tra accertamento costitutivo e produzione, 153 – 3.2. Interesse pubblico e volontà nell'Europa post-rivoluzionaria. Il ritorno al passato: il neofeudalesimo, 175 – 3.3. Alcune riflessioni conclusive (provvisorie), 185.

189    **Bibliografia**



## Premessa

Molto è già stato scritto sulla partecipazione dei privati al procedimento amministrativo<sup>1</sup>.

Diversi sono i metodi, gli approcci, i risultati.

Ci si potrebbe, allora, domandare quale sia lo scopo di un ulteriore lavoro sul tema, che potrebbe risolversi in una (ulteriore) ricognizione della materia o in una (ulteriore) esegesi del dato positivo.

Almeno in parte, inevitabilmente, sarà così; in parte in quanto si ricostruirà, a mo' di introduzione, lo *status quaestionis* (sebbene non tutti i temi saranno toccati), anche con qualche accenno di stampo esegetico alla disciplina positiva<sup>2</sup>.

Lo scopo, però, è un altro: in particolare, si intendono indagare i precedenti storici della partecipazione al processo decisionale pubblico, prendendo ad oggetto dello studio l'esperienza francese precedente e successiva alla Rivoluzione, quella inglese a partire dal XVIII secolo e quella di alcuni ordinamenti al di qua delle Alpi tra Sette e Ottocento, sempre con l'occhio rivolto al presente.

Il filo conduttore della ricerca è costituito dalla 'qualità' della partecipazione (chi può partecipare, quali gli interessi che possono essere

1. Da ultimo, nella letteratura italiana, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016 e, con oggetto di esame più limitato, P. LOMBARDI, *Le parti del procedimento amministrativo. Tra procedimento e processo*, Torino, 2018. In linea generale, sul significato di partecipazione, v. M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4128 ss., secondo cui "la partecipazione al procedimento amministrativo è l'istituto giuridico che permette ai soggetti non professionisti [...] di intervenire nel corso di un processo decisionale svolto da un ente pubblico [...]. Questa tipologia di partecipazione, detta anche funzionale, si distingue da quella a carattere *latu sensu* politico [...] caratterizzata da istituti di autogoverno e di democrazia diretta, di immissione degli utenti nelle strutture organizzative di servizi e di inserimento stabile di soggetti rappresentativi di interessi in organi collegiali amministrativi".

2. Critiche alla dottrina, che, per lo più, si limiterebbe a indagare "il fenomeno procedimentale" sulla base dell'"esegesi delle norme positive che lo regolano" in L.R. PERFETTI, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Report annuale — 2011 — Italia*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), 15.

rappresentati, quale l'influenza della partecipazione sulla decisione finale).

La finalità ultima, poi, è quella di provare a rispondere alla domanda posta da Socrate nella *Repubblica* (del resto, tutta la filosofia successiva a Platone si risolverebbe in una serie di note a piè di pagina all'opera di Platone, e anche noi ci troviamo in tale condizione<sup>3</sup>), la vera domanda: chi individua qual è il bene comune (il *koinòn symphéron*<sup>4</sup>, secondo l'espressione del filosofo) ovvero sia (come più usualmente si dice ora) l'interesse pubblico<sup>5</sup>?

E, a mo' di nota a piè di pagina, si svilupperà un ulteriore argomento: il bene comune/interesse pubblico è scoperto o posto? Si tratta di *inventio*, cioè scoperta della razionalità che preesiste nella società<sup>6</sup> o *positio*, cioè costruzione volontaristica<sup>7</sup>? Oppure *inventio* e *positio* finiscono per fondersi e, dunque, coincidere?

Come si vedrà nelle successive pagine, numerose sono state, storicamente, le risposte al quesito, soprattutto in ragione della corni-

3. A. N. WHITEHEAD, *Process and Reality*, New York, 1941, 63, citato, ad es., da G. REALE, *Per una nuova interpretazione di Platone*, 21 ed., Milano, 2003, VIII.

4. Riferimenti su tali aspetti in A. NESCHKE-HENTSCHE, *Il «Platonismo politico» e la teoria del diritto naturale*, in E. RUDOLPH (cur.), *Polis e Cosmo in Platone*, tr. it., Milano, 1997, 85 ss., ove si evidenzia come il cuore della speculazione platonica consiste nella ricerca di ciò che è giusto, bene, utile non solo per il singolo uomo, ma in sé e per sé considerato, ciò che si realizza quando la comunità concreta si armonizza all'Idea di comunità, alla luce degli insegnamenti dei re-filosofi, che conducono, appunto, la comunità concreta a coincidere con quella ideale, cioè fanno emergere il bene comune della comunità. Su questi temi, v. comunque *infra*, cap. III, par. 1.

5. V. *infra*, cap. III.

6. Il termine *inventio* è quello che si usa generalmente per descrivere il rapporto tra uomo e diritto naturale nella filosofia tomista: in effetti, le considerazioni dell'Aquinate in tema sono state sintetizzate da R. M. PIZZORNI, *Diritto Etica e Religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2006, 346, nel senso che "gli uomini inventano la legge e il diritto naturali, ma secondo il significato etimologico della parola invenzione, derivante dal latino «in-venire», non nel senso di «inventare» di tipo creativo, ma di *scoprire, trovare, afferrare* la verità".

7. Nel senso che il bene comune/interesse pubblico è posto dalla volontà di chi detiene il potere di stabilire che cosa sia il bene comune/interesse pubblico, ossia di quegli "uomini che agiscono in qualità di organi investiti di poteri normativi [...] al fine di istituire e regolare poteri pubblici e capacità private, sanzionare comportamenti [...], incentivare comportamenti": così G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 35. Per nuovamente citare l'Aquinate (*S. Th.*, II-II, 57, 2, ricordato da A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, 6 ed. ampliata, Milano, 2008, 263), "illud dicitur esse positivum quod ex voluntate humana procedit".

ce politico–filosofica e dell’organizzazione sociale, cui, di norma, la disciplina della partecipazione procedimentale corrisponde millimetricamente<sup>8</sup>; di norma, in quanto, in certi momenti di passaggio, il vecchio sistema stenta a lasciare il campo al nuovo (anche per la forza vischiosa del dogmatismo).

E, come si vedrà, sempre è stato al centro dell’attenzione (non sempre della speculazione) il rapporto tra procedimento e processo (o quasi–processo): anche tale rapporto è stato diversamente configurato in ragione delle varie epoche e delle varie esperienze, e anche in questo caso, al mutare dell’ordinamento, corrisponde, di norma millimetricamente, un coerente (alla società) modo di essere di tale rapporto (ad eccezione di certi momenti di passaggio)<sup>9</sup>.

Momenti di passaggio in cui i principi, o alcuni dei principi, storicamente dati (che, quando sono nati, coincidevano con il *sentire* sociale) ormai si trasformano in vuoti dogmi che non corrispondono più all’esperienza concreta e che divengono oggetto di critiche e di (tentativi di) superamento, sinché questi vengono effettivamente superati.

E noi, ora, ci troviamo in uno di questi momenti di passaggio: alcuni principi–dogmi sono o stanno per essere abbandonati, ma è ancora difficile intravedere il formarsi di un nuovo paradigma entro cui sistemare il procedimento amministrativo e il suo rapporto con il processo.

8. Sul punto, più che mai attuale l’insegnamento di M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in «Riv. Dir. Proc.», 1980, 252 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, t. III, Milano, 1996, 1429 ss., da cui si cita, che pone l’attenzione sulla necessità dell’esame della caratterizzazione di un certo ‘ambiente’ “da un tipo di amministrazione (ordinamento burocratico compreso), da un tipo di giurisdizione o di giustizia, da un modo di fare le leggi e dallo stato della legislazione e, allargandosi il cerchio delle influenze, da un tipo di società (che esiste o che si vuole) e dal tipo di «cultura» che sottende le concezioni politiche o amministrative”, in quanto “ogni discorso, che da tutto ciò prescinda o non ne tenga adeguatamente conto, resta un discorso generico o di primo approccio” (1430). Più di recente, N. THIRION, *Des rapports entre droit et vérité selon Foucault: une illustration des interactions entre les pratiques juridiques et leur environnement*, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2013, 180 ss., alla domanda se “le droit est–il source, affluent, alluvion ou aboutissement des changements sociaux?”, risponde che “le droit influence tout autant les pratiques sociales qu’il est influencé par elles; il ne semble pas y avoir de priorité ou d’antériorité de l’un ou des autres. Il serait plus juste d’évoquer des interférences réciproques”.

9. V. *infra*, cap. III, par. 2.

Ecco che allora, può giustificarsi la presente ricerca<sup>10</sup>, la quale può contribuire, per certi versi, a relativizzare i problemi del procedimento e della tutela giurisdizionale (e non) degli amministrati (ogni epoca, almeno quelle prese in considerazione, ha avuto un tipo di procedimento e un tipo di rapporto con il processo, per cui nulla può essere considerato definitivo), anche allo scopo di smussare certe prese di posizione che tendono ad assolutizzare il presente e non colgono la persistenza storica, la “*longue durée*”<sup>11</sup>, di elementi problematici che possono avere varie soluzioni, se non tentativi di soluzione; e, per altri versi, a segnalare quelle costanti che, a tutte le latitudini ed in ogni tempo (almeno con riferimento alle latitudini e ai tempi studiati), caratterizzano il procedimento amministrativo e il suo rapporto con la tutela, giurisdizionale e non, dei soggetti amministrati.

Per dare subito un saggio della portata dell’indagine che si sta intraprendendo, si può anticipare sin da ora che le ricerche storiche permettono di aggiungere due modelli alla tripartizione nigriana dei rapporti tra procedimento e processo<sup>12</sup>: accanto alla separazione (procedimento

10. In effetti, “può sembrare ozioso, in tempi in cui predomina l’ansia delle novità e gli istituti giuridici sono considerati presupposti di riforme, richieste senza sosta né tecnica, considerare il tema della «nascita» del diritto amministrativo. Tema vecchio per l’annunciazione e tuttavia risorgente, dalle condizioni che, di volta in volta, lo ripropongono, per la comprensione, attuale, dello svolgimento del diritto amministrativo”: così E. CANNADA BARTOLI, *Vanum disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in «Dir. Proc. Amm.», 1989, 155.

11. Secondo la celebre espressione di F. BRAUDEL, *Storia e scienze sociali. La “lunga durata”*, in Id., *La storia e le altre scienze sociali*, Bari, 1982, 153 ss., si tratta della “storia [...] di ampiezza secolare” (155), in contrapposizione alla storia “del tempo breve” (158), nella quale “un giorno, un anno potevano sembrare [...] delle buone misure” (159).

12. M. NIGRO, *op. ult. cit., passim*, su cui v. le riflessioni di M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent’anni dall’approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in «Dir. Proc. Amm.», 2010, 459 ss.; A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 2010, 641 ss. In argomento, il punto di vista tedesco è stato esposto in italiano da P. BADURA, *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1984, 108 ss. Per un confronto sullo stato della partecipazione procedimentale alla luce della l.n. 241/1990, v., rispettivamente, R. FERRARA, *La legge sul procedimento amministrativo alla prova dei fatti: alcuni punti fermi. . . e molte questioni aperte*, in «Dir. e Proc. Amm.», 2011, 59 ss., il quale osserva che “la partecipazione in quanto tale viene concretamente immaginata e costruita come la classica foglia di fico destinata a schermare e celare processi decisionali in realtà estremamente selettivi e soprattutto elitari, seppure qualificati in senso democratico in ragione della formale apertura della macchina amministrativa agli influssi ed agli interessi dei privati”, e C.E. GALLO, *La legge 7 agosto 1990, n. 241 vent’anni dopo, ibid.*, 432, che, invece,

e processo sono monadi che, per la differenza delle funzioni assegnate, non vengono mai in contatto), alternative (procedimento e processo sono separati, ma il procedimento, svolgendo funzioni di giustizia, concorre, a tale fine, con il processo) ed integrazione (che si dipana tra la tutelabilità nel processo delle situazioni giuridiche vantate nei confronti dell'Amministrazione e la garanzia, nel procedimento, *ad instar* del processo, delle situazioni giuridiche dei privati), in certe epoche storiche ed in certi ordinamenti (quello francese prerivoluzionario, i cui tratti salienti permangono dall'esperienza medievale sino a buona parte del XVIII secolo) il rapporto può definirsi alla stregua di contitolarità, in capo all'Amministrazione e alla giurisdizione, del potere di dire qual è l'interesse pubblico, con prevalenza della giurisdizione (che, al tempo, co-decide e controlla); e ancora, più radicalmente, in determinati epoche ed ordinamenti (quello inglese tra la metà del Settecento e la metà dell'Ottocento), neanche può parlarsi, almeno per certe fattispecie, di rapporto tra Amministrazione e giurisdizione, in quanto il potere di dire qual è l'interesse pubblico è attribuito ad un organo, il *Parliament*, che assomma, in sé, la funzione amministrativa e quella (para)giurisdizionale (pur non essendo giudice): non c'è alterità, per cui non c'è rapporto. Tenuto conto, poi, che tale ultimo sistema ha retto, per così dire, per circa un secolo, e che è stato superato in ragione di fattori esogeni (il cambiamento della società), può sostenersi che esso offrì garanzie di funzionamento e di tutela degli interessi privati per lo meno adeguate per il periodo.

Più in generale, è da dire che il diritto amministrativo ben si presta all'esame storicistico e sociologico<sup>13</sup>: secondo l'autorevole insegnamento di Federico Cammeo (e, a ben vedere, di Vittorio Emanuele Orlando) il diritto amministrativo, infatti, «è un diritto in continua elaborazione e mutazione, tormentato più che dalla necessità di raffinare i concetti secondo la tecnica giuridica, dal bisogno di proporsi e risolvere i problemi metagiuridici, sociali, economici, tecnici»; esso è

rileva come la l.n. 241/1990, in virtù della previsione di una partecipazione generalizzata, ha modificato profondamente il modo di essere e di agire dell'Amministrazione e il suo rapporto con i cittadini, sebbene tale afflato di democratizzazione sia stato in parte tradito dalla legge n. 15/2005, con l'introduzione dell'art. 21-*octies*.

13. In particolare, ben si presta a riflessioni sociologiche proprio la partecipazione procedimentale: E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in «Dir. Proc. Amm.», 1991, 75 ss.

«il vero simbolo giuridico della vita che di continuo diviene e senza fine fluisce»; esso «meglio insegna quanto sia la contingenza della norma, sotto quali influssi sorgono, da quali forze naturali o sociali vengono denominate»<sup>14</sup>.

Ed è allora questo il viatico che ci condurrà nelle successive riflessioni, precedute da una rapida rassegna (problematizzata) delle posizioni assunte in alcuni ordinamenti europei (Italia, Regno Unito, Francia) a proposito della partecipazione procedimentale.

14. F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della regia università di Bologna, 1923-1924*, 13 ss., part. 16 s. Non dissimile, come rilevato nel testo, la posizione di V.E. ORLANDO, nonostante le ricostruzioni più comuni (S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 2006, 597 ss., che riassume il metodo orlandiano nell'«ossequio al dato normativo, impianto sistematico, approccio formalistico», uniti all'«appello nazionalistico»), che pongono l'accento sul tentativo orlandiano di riduzione alla «forma giuridica, [a] sistema dei dogmi del formalismo giuspubblicistico» (G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, 213) anestetizzando «i referenti politici, sociali ed ideologici delle forme teoriche, i rapporti con la politica» (G. CIANFEROTTI, *op. loc. cit.*) e secondo cui solamente a partire dagli anni Cinquanta dello scorso secolo, «i pubblicisti, ammettono la considerazione di elementi non giuridici — sociali e sociologici, politici e politologici —: si supera, così, la separazione orlandiana [ma dovremmo dire: 'pretesamente orlandiana', n.d.r.] fra categorie giuridiche e categorie politiche» (M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 2001, 1293 ss.). Assume particolare riguardo, al proposito, V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1889, 122 ss., ove si critica la precedente dottrina per il suo gusto per la filosofia e l'esegesi e l'assenza dell'approccio sistematico. Oggetto della critica di ORLANDO sono in particolare «i cultori del diritto pubblico [...] troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giureconsulti», mentre, come oggetto della disciplina di studio, «noi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente, non della sovranità di una idea ma della sovranità di poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale, onde la libertà non si concepisce più come mera potenzialità ma come attività effettiva». Peraltro, come già segnalato (V. GASPARINI CASARI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 260 ss., part. 276, secondo cui «questo non significa [...] che il metodo giuridico 'purò si esaurisca nella sola analisi e sistemazione del diritto positivo'»), ORLANDO, negli stessi *Criteri*, come anche in opere successive, non solo non vuole espungere l'apporto di altre discipline alla costruzione del diritto pubblico, ma critica aspramente quel «formalismo dei più angusti, la cosiddetta dommatica», osservando che «le norme [...] sono il riflesso di un ordine che è immanente nella società [...]. V'è dunque un ordine giuridico ben più complesso che quello delle norme [...], sostanziale, cui le stesse norme si ricollegano e da cui traggono alimenti, ordine che i giuristi debbono attingere ed intendere, se vogliono attingere ed intendere la realtà giuridica quale la vita conosce e svolge» (V.E. ORLANDO, *Introduzione a G. JELLINEK, La dottrina generale del diritto dello stato*, Milano, 1949, xlii).

Con un'ultima avvertenza: il rischio, ad altri fini già segnalato dal primo presidente del Consiglio di Stato Luigi des Ambrois de Nevache, è quello che l'adozione di altri punti di vista quali la legislazione comparata, la filosofia del diritto, i principi della scienza dell'Amministrazione e della politica, sebbene estenda la conoscenza, tuttavia ne diminuisca la profondità<sup>15</sup>.

Qui si è deciso di accettare il rischio con la possibilità che esso, data anche la natura di prime riflessioni del presente scritto, si avveri.

15. L. AMBROIS DE NEVACHE, *Notes et souvenirs inédits*, Bologna, 1901, 62, il quale con le parole di cui al testo si riferiva ai magistrati piemontesi della 'scuola moderna' — quelli, cioè, formati a partire dal secondo decennio dell'Ottocento, quali Sclopis e Siccardi —, distinguendoli da quelli dell'*Ancien Régime*, tutti votati allo studio del diritto romano e dei vecchi precedenti giurisprudenziali, e da quelli di scuola imperiale, esegeti del *Code Napoléon*. Sulla vita dell'A., v. C. BERSANI, ad vocem, in Aa.Vv., *I Presidenti del Consiglio di Stato. Biografie e relazioni di insediamento*, Milano, 2011, 31 ss.





## La partecipazione al procedimento amministrativo: profili ricostruttivi

Le esperienze italiana, inglese e francese a confronto

### 1.1. Partecipazione procedimentale e contraddittorio difensivo: l'aporia della decisione giusta preceduta da un procedimento ingiusto, superamento dell'aporia

«Il valore unitario della procedura [...] deve [...] desumersi dal fatto di essere mezzo di partecipazione del cittadino. In tutte le principali tipizzazioni [...], tale valore emerge sempre, sicché la concezione intersoggettiva [...] esprime il valore della procedura»<sup>1</sup>.

E così, tutti i procedimenti amministrativi si caratterizzano per la partecipazione degli interessati a vario titolo al provvedimento, che, in questo modo, possono rappresentare all'Amministrazione i propri interessi (personali o collettivi): il procedimento, dunque, come luogo deputato allo svolgimento della relazione, o, meglio, delle relazioni (data la loro natura poliedrica) tra amministrati ed Amministrazione.

Si ritiene comunemente — ma, come si vedrà, almeno nell'esperienza francese le cose non stanno propriamente così — che, dal punto di vista storico, la prima forma/funzione della partecipazione procedimentale è quella contraddittorio/difensiva delle posizioni giuridiche del singolo di fronte all'attività amministrativa: la partecipazione procedimentale nasce come contraddittorio in relazione ai procedimenti individuali sfavorevoli, sanzionatori o *lato sensu* sanzionatori<sup>2</sup>, e ripete, in tono minore, per così dire, la propria disciplina dalle regole del

1. G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 36 s.

2. Anche se, come si vedrà meglio nel prosieguo, “contraddittorio e partecipazione non sono [...] la stessa cosa”: così, incisivamente, F. SATTÀ, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in «Dir. Amm.», 2010, 299 ss.

processo, che, largamente sviluppare, forniscono il modello cui anche il decisore pubblico deve attenersi<sup>3</sup>.

In effetti, nato in sede processuale (*audi et alteram partem*)<sup>4</sup>, il contraddittorio procedimentale permette ai destinatari del provvedimento o ai soggetti che si presume ne possano subire un pregiudizio di far sentire la propria voce di fronte all'Amministrazione procedente<sup>5</sup>.

Sono in primo luogo ragioni di giustizia naturale che premettono il passaggio del principio del contraddittorio dalla sede processuale a quella procedimentale: secondo un'opinione comunemente sostenuta, nei principali sistemi di diritto amministrativo europei (ad esempio, Inghilterra, Francia, Italia) l'*audi et alteram partem* procedimentale nasce in relazione ai procedimenti sanzionatori, perché qui, proprio per la natura *lato sensu* punitiva, è possibile la trasposizione dei principi processuali che tradizionalmente caratterizzano il processo penale<sup>6</sup>.

E così, in Francia, sin dalla seconda metà del XIV secolo, si fa strada il principio «nul ne doit être débouté de son office sans le ouïr», o, come si usava dire all'epoca, «injuste chose est qu'ilz soient ostez de leurs offices sans eulx ouyr et qu'ilz s'offrent à toute deffence»<sup>7</sup>: esso costituisce prima garanzia procedurale, il cui rispetto era sanzionato

3. Per tale ricostruzione, v., per tutti, M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 2000, I ss.

4. Secondo una (relativamente) recente opinione, il contraddittorio procedimentale (al pari di quello processuale) troverebbe fondamento nell'art. 24 Cost.: v. L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 87 ss., secondo cui la disposizione in esame “posto che nomina il procedimento senza riferimento a una specifica funzione pubblica (e in particolare quella giurisdizionale) e che ad esso si riferisce in modo assai lato («ogni stato e grado»), può essere interpretata [...] nel senso che quando un privato si trovi di fronte a un soggetto pubblico titolare di poteri (il giudice come l'amministrazione), idonei a lederlo in modo puntuale (il diritto alla difesa indica evidentemente una potenziale lesione di sfere giuridiche individuali), ha diritto a che detti poteri vengano esercitati a mezzo di procedimenti, partecipati a fini di difesa” (119, nt. 86).

5. F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in «Enc. Dir.», vol. IX, Milano, 1961, 739 spiega la trasposizione dalla sede processuale a quella procedimentale evidenziando in carattere dell'imparzialità dell'attività giurisdizionale e di quella amministrativa, osservando che “la imparzialità, se dal lato negativo indica il disinteresse di chi esercita la funzione, dal lato positivo significa uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario del suo esercizio: ciò che, appunto, costituisce il fondamento generale dell'istituto del contraddittorio”.

6. S. BATTINI, B. G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 110 ss.

7. Così Robert Le Coq in un discorso del 3 novembre 1356, riportato da F. AUTRAND, *Offices et officiers royaux en France sous Charles VI*, in *Revue historique*, 1969, 285 ss., part. 329.

dai *Parlements*, a tutela del diritto all'inamovibilità degli ufficiali reali, ad onta della pure affermata revocabilità *ad nutum* della carica<sup>8</sup>.

In effetti, proprio con riferimento agli *officiers royaux*, si è evidenziata la sussistenza del «droit d'être maintenu dans l'office tant qu'une procédure [...] en bonne et due forme n'avait pas établi la culpabilité de l'intéressé»<sup>9</sup>, e lo strumento per far valere tale diritto era l'opposizione o l'appello<sup>10</sup> al *Parlement* contro la decisione di revoca dall'incarico, la quale era vista come vera e propria sanzione penale<sup>11</sup>: ad esempio, il *Parlement*, nel 1439, annullò l'attribuzione di un ufficio ad un soggetto a seguito della revoca del medesimo ufficio disposta a carico di chi in precedenza lo ricopriva in ragione di supposte mancanze senza che quest'ultimo fosse stato udito, ciò che era «necessarium antequam quis officarius regis a suo officio deponatur»<sup>12</sup>.

In Inghilterra, sin dall'inizio del XVII secolo, si impone, in sede procedimentale, il *right to be heard*, la cui violazione rende, di per sé, *void* il provvedimento, nel senso che avendo proceduto l'Amministrazione contro un soggetto «without (a) hearing him answer to what was objected [...] such removal is void, and shall not bind the party, (b) quia quicumque aliquid statuerit parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuerit, and such removal is against justice and right»<sup>13</sup>: nel caso di specie, James Bagg era stato espulso dalla *corpora-*

8. In argomento, anche per l'esame dei documenti dell'epoca, F. AUTRAND, *op. ult. cit.*, 324 ss., ove si osserva che “le Parlement vieille [...] à ce que la procédure soit régulièrement suivie” (330 s.); R. TELLIEZ, «Per potentiam officii». *Les officiers devant la justice dans le Royaume de France au XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris, 2005, 621; K. WEIDENFELD, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV<sup>e</sup>–XV<sup>e</sup> siècles)*, Paris, 2001, 105 s.

9. R. TELLIEZ, *op. loc. cit.*

10. Su opposizione e appello di fronte al *Parlement*, v. *infra*, cap. II.3.2

11. R. TELLIEZ, *op. loc. cit.*, secondo cui “la privation de l'office semble parfaitement acceptée comme sanction pénale”.

12. La vicenda è narrata da K. WEIDENFELD, *op. ult. cit.*, 106, nt. 135.

13. Si tratta del *Baggs Case* del 1615, cui, generalmente, si fa risalire l'introduzione del contraddittorio procedimentale. Sul caso v., da ultimo, J. STANTON — C. PRESCOTT, *Public Law*, Oxford, 2018, 487 s. La decisione si legge in *The Reports of Sir Edward Coke*, Dublin, 1793, vol. VI. Nella decisione in esame viene citato un passo della *Medea* senecana (v. 199 s.), che, nelle più recenti edizioni del testo è “Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit”. Nella letteratura italiana, v., in argomento, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, 81. Sulle origini (greche) del principio del contraddittorio, poi sviluppato dai giuristi italiani tardomedievali (di cui non v'è traccia nella *vulgata* anglosassone), v. N. PICARDI, “*Audiat et altera pars*”. *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 2003, 7 ss.; L. IANNOTTA — F. PUGLIESE,

*tion dei twelve chief Burgesses* (equivalente all'attuale autorità locale) per il suo comportamento indegno: i giudici ritennero l'espulsione *void* in quanto il soggetto non era stato ascoltato e non aveva avuto la possibilità di difendersi.

Già in queste prime affermazioni si trova una delle tante ambiguità che caratterizzano la partecipazione procedimentale: l'ingiustizia procedimentale può accompagnarsi alla giustizia sostanziale (in effetti, il passo della *Medea* senecana lascia intendere che un conto è la giustizia procedurale, un altro quella sostanziale, e che la seconda può anche essere disgiunta dalla prima: appunto, «qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit»<sup>14</sup>). Nel caso inglese, si è comunque data preminenza al primo elemento, e lo stesso può dirsi con riferimento alla situazione francese (lì, come appena visto, la violazione del diritto di difesa conduce all'ingiustizia della decisione: “*injuste chose...*”); ma se si dà preminenza al secondo, ecco che, in realtà, si prefigura e giustifica la salvezza della decisione giusta pur se ingiustamente formata (tanto in sede procedimentale, quanto in quella processuale, si può aggiungere<sup>15</sup>).

Quest'ultima, compiendo un balzo in avanti di qualche secolo, pare la soluzione fatta propria dalla Corte di giustizia, proprio perché essa fonda la partecipazione procedimentale eminentemente sul contraddittorio difensivo: all'esito di una valutazione caso per caso, la Corte decide se, data la giustizia della decisione amministrativa, l'ingiustizia procedimentale costituita dall'assenza del contraddittorio possa essere obliterata: infatti, «secondo il diritto dell'Unione, una violazione

*Appello e contraddittorio*, in «Dir. Proc. Amm.», 1997, I ss.; E. FOLLIERI, *Il processo*, ivi, 2004, 84 ss. In particolare, secondo una recente ricostruzione, il primo testo che individua i caratteri del moderno processo, tra cui il contraddittorio e la terzietà del giudice, sono le *Eumenidi* di Eschilo, dove il matricida Oreste è accusato dalle Erinni, difeso da Apollo e giudicato dall'Aeropago: E. RIPEPE, *Civiltà giuridica europea e retorica giudiziaria: un'anteprima a teatro*, E. RIPEPE, *Civiltà giuridica europea e retorica giudiziaria: un'anteprima a teatro*, in F. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 63 ss.

14. Sul rilievo giuridico della *Medea*, e sui profili problematici indicati nel testo, v. A. ROMANO TASSONE, *Discussione del tema*, in G. D. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 189 ss., part. 196 s., e, sull'opera dell'A. cit., G. DELLA CANANEA, *Diritto, letteratura e filosofia negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in «Dir. e Proc. Amm.», 2014, 1157 ss., part. 1164 s.

15. Sul punto, v. subito dopo nel testo.