

GLI ISTITUTI DI PARTECIPAZIONE,  
TRA PUBBLICO E PRIVATO,  
NELL'ORDINAMENTO LOCALE  
(la l. 142 dell'8 giugno 1990  
alla luce dei principi della l. 241  
del 7 agosto 1990)\*

LUCIO IANNOTTA

\* Questo lavoro nei suoi primi sette paragrafi, riproduce — con alcune modifiche e con l'aggiunta delle note — il testo di due lezioni sul tema della partecipazione nell'ordinamento locale, tenute rispettivamente a Pescara il 5 ottobre 1990 presso il Centro Abruzzese Studi e Ricerche Amministrativi, e a Bologna, il 2 marzo 1991 presso la Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione. L'ultimo paragrafo invece riproduce le conclusioni della relazione dal titolo «La dimensione 'personale' del fenomeno autonomistico: il ruolo degli Amministratori nell'attuazione della l. 142 del '90», tenuta al convegno «L'autonomia statutaria delle Comunità Locali», Caltagirone, 9 e 10 marzo 1991.

SOMMARIO: 1. Gli istituti di partecipazione nella l. 142 dell'8.6.1990. Necessità di confrontare le previsioni della legge sull'ordinamento delle autonomie locali con la l. 241 del 7.8.1990, anche al fine di verificare se sia corretto l'inserimento della partecipazione al procedimento tra gli istituti di partecipazione. — 2. Contraddittorio, partecipazione e consultazione. Superamento della (netta) differenziazione tra le tre figure in rapporto alla diffusione dell'organizzazione amministrativa e all'accentuazione dei problemi ambientali. Superamento della netta distinzione tra il diritto privato e diritto pubblico: verso la formazione di un diritto comune europeo e, all'interno di questo, di un diritto amministrativo comune (nota 2). L'inserimento tra gli istituti di partecipazione di figure riconducibili al tradizionale contraddittorio (e alla consultazione) appare pienamente giustificato. La differenza tra i vari istituti sussiste in termini di prevalenza tra le componenti del concorso nella determinazione di interessi superindividuali, della tutela della sfera anche personale dei partecipanti, della responsabilità. — 3. Partecipazione ai procedimenti, difensore civico, referendum, diritto di accesso agli atti e alle informazioni: temi dai quali sembrano emergere i tratti fondamentali del rapporto cittadino-amministrazione. Particolare importanza dei principi enucleabili dalla l. 241: in quanto chiave di lettura del sistema della partecipazione ed in quanto estensibili alla partecipazione all'attività amministrativa in forme privatistiche. Rinvio. A) Esame della l. 241. Collegamento tra le norme sulla partecipazione e quella sulla motivazione degli atti e sul responsabile del procedimento. B) La legge sul procedimento non crea situazioni giuridiche ma porta sul piano procedimentale. — ancorché in forme diverse — situazioni già estrinsecantisi sul piano processuale. Rilevanza delle situazioni personali relative a procedimenti concernenti beni altrui. C) Ruolo attivo e responsabile dei privati nella costruzione dell'interesse pubblico, nella l. 241. Carattere sostanziale della l. 241. D) Il diritto-dovere di ciascuno di tener conto del proprio interesse e di quelli delle altre parti. La «pertinenza» delle osservazioni e proposte. I risvolti processuali. — 4. Il diritto di accesso agli atti nella l. 241 e sua tutela. Differenza con altre esperienze (francese, tedesca) e con la precedente disciplina italiana. Conferma del carattere sostanziale della legge sul procedimento. Sfavore per le posizioni emulative e formali e per le pretese assolute o incondizionate. Enucleazione di un modello di Amministrazione che, attraverso il procedimento, conosce e valuta comparativamente gli interessi meritevoli di tutela per fini di «garanzia» e di buona amministrazione. «Divieto» di incidere sugli interessi meritevoli

senza tenerne conto. — 5. Necessaria interpretazione delle deroghe (esigenze di celerità) e delle « esenzioni » (atti normativi, amministrativi generali, pianificatori e programmatori) dal rispetto delle norme sulla partecipazione alla luce dell'esigenza fondamentale sottostante alla l. 241: che assume rilievo anche ai fini della disciplina dell'informazione. A) Esenzialità dell'informazione « spontanea » ai fini della partecipazione dei soggetti diversi dai diretti destinatari, da quelli che debbono intervenire per legge e da quelli pregiudicati individuati o facilmente individuabili. A1) Necessità che gli enti locali disciplinino adeguatamente l'informazione a richiesta per favorire ancora una volta la partecipazione di tutti i soggetti portatori di interessi meritevoli di tutela. Autonomia del diritto di informazione (sull'avvio del procedimento) rispetto al diritto di accesso e al diritto di partecipazione diretta al procedimento. La tutela processuale del diritto alle informazioni. B) La « derogabilità » alle norme sulla partecipazione solo in presenza di esigenze di celerità da accertare e dimostrare caso per caso. Necessità di salvaguardare comunque l'esigenza fondamentale di conoscenza della realtà e di confronto con la stessa. Possibile utilizzazione di forme di partecipazione compatibili con l'urgenza. C) I procedimenti per i quali la l. 241 non prevede l'applicazione delle sue prescrizioni in tema di partecipazione. Incompatibilità con la logica sostanziale della l. 241 delle interpretazioni che attribuiscono carattere meramente esecutivo ai procedimenti di attuazione degli atti indicati dall'art. 13 l. 241, adottati senza la partecipazione degli interessati e la ponderazione degli interessi rilevanti. In particolare, incompatibilità con la « norma » enucleata dalla l. 241 del « necessario conoscere e valutare per poter incidere concretamente ed efficacemente nella realtà degli interessi umani ». Possibile pluralità di moduli di azione compatibili con la *ratio* della l. 241. C1) La potestà normativa degli enti locali in tema di partecipazione ad ogni tipo di procedimento: art. 6 l. 142. Suo collegamento con l'art. 13 l. 241 che fa salve le particolari « norme » che regolano la formazione degli atti indicati. I possibili moduli di azione: I) Interpretazione scaturente dalla l. 241: i procedimenti attuativi di piani, programmi, ecc. quali procedimenti non meramente esecutivi, tesi all'acquisizione di interessi rilevanti potenzialmente idonei a determinare il riesame degli atti presupposti, contraddistinti da « elasticità ». Alternativa: non « caricare » gli atti di cui all'art. 13 l. 241 di contenuti provvedimentali. II) Tendenziale « necessità » di forme di partecipazione degli interessati alla formazione degli atti di cui all'art. 13 l. 241 (rientranti tra gli atti fondamentali degli enti locali, rimessi alla competenza dei Consigli dell'art. 32 l. 142). Possibilità per gli enti locali di prevedere l'istruttoria pubblica. Ancora: possibilità di collegare le istanze, petizioni e proposte di cui all'art. 6 l. 142, alla partecipazione alla formazione degli atti fondamentali. Particolare importanza delle « proposte », caratterizzate da concretezza e fattibilità e dall'assunzione degli oneri finanziari da parte dei proponenti per la loro rispondenza alle esigenze di contenimento del-

la spesa pubblica e di efficacia dell'azione amministrativa. Possibilità di prevedere la stipulazione di accordi all'interno della formazione degli atti fondamentali. — 6. Estensione delle « istanze, petizioni e proposte »: A) al possibile « riesame » dei provvedimenti, accordi e contratti in collegamento con l'inserimento negli stessi di una « clausola » di salvezza degli interessi meritevoli di considerazione; B) alla partecipazione all'attività amministrativa svolta in forme privatistiche. Necessario « filtro » dell'Amministrazione circa la rilevanza degli interessi meritevoli di considerazione, in collegamento con apposita clausola contrattuale o provvedimentale. Flessibilità ed elasticità dei moduli d'azione. Il caso dei contatti di programma della l. 64/86. B1) Il ruolo del difensore civico nel controllo sull'attività privatistica ed in particolare sull'abuso di posizione dominante all'interno dell'ordinamento locale. C) Rispondenza delle soluzioni ipotizzate alle esigenze di certezza dei rapporti giuridici, di efficienza e di giustizia. 7. La « logica » della legge sul procedimento nella disciplina del referendum. Azionabilità del referendum *solo* su richiesta dei cittadini previa valutazione da parte dei Consigli. — 8. A) Modello di cittadino emerso dall'esame degli istituti di partecipazione, letti alla luce dei principi della legge sul procedimento. Il fondamento e il fine dell'autonomia locale: l'uomo libero, solidale, eguale, responsabile e attivo (in termini normativi: l'art. 5 della Costituzione inglobante gli artt. 1, 2, 3 e 4). Funzione educativa della « politica » nell'ordinamento locale. B) Modello di amministratore. Necessità di cogliere, in sede statutaria, i tratti e le qualità fondamentali della collettività e degli uomini che la compongono. Necessità per l'amministratore locale di rinunciare ai vecchi moduli comportamentali. C) Giustizia (e, ancor prima, diritto) nell'Amministrazione locale. Necessità di « costruire » l'organizzazione del governo locale in modo da poter ricevere gli apporti della comunità e degli uomini che la compongono per la maggior cura del « bene comune » costituito dallo sviluppo della personalità di tutti e di ciascuno, attraverso l'educazione alla responsabilità e quindi alla libertà, solidarietà ed eguaglianza umana.

1. La l. 142 attribuisce alla partecipazione un ruolo centrale all'interno della riforma delle autonomie locali, ponendo la determinazione delle sue forme tra le norme fondamentali per l'organizzazione degli enti, da stabilirsi attraverso gli statuti (art. 4).

La potestà statutaria peraltro dovrà esplicitarsi nell'ambito delle previsioni contenute nel capo II intitolato « Istituti di partecipazione » (artt. 6, 7 e 8) che com-

prende una serie di figure tra loro — almeno apparentemente — eterogenee: dai rapporti tra il Comune e gli organismi di partecipazione (da promuovere) e le libere forme associative (da valorizzare), alla partecipazione degli interessati al procedimento; dalla consultazione e dai referendum consultivi in materia di esclusiva competenza locale, alla presentazione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli e associati per la miglior tutela di interessi collettivi e alle garanzie per un loro tempestivo esame; dal diritto di azione e di ricorso di ciascun elettore innanzi alle giurisdizioni amministrative, alla pubblicità degli atti; dal diritto di accesso agli atti e alle informazioni, all'accesso di enti, organizzazioni di volontariato e associazioni alle strutture e ai servizi.

Dalla lettura degli artt. 6, 7 e 8 emerge che la potestà statutaria, pure affermata come piena dall'art. 4, può manifestarsi compiutamente solo in rapporto agli istituti del referendum consultivo e del difensore civico, che gli enti locali hanno la facoltà di istituire o meno, oltre a quella di disciplinarli.

Per quanto concerne gli altri istituti, alcuni sembra che debbano essere semplicemente « registrati » dallo Statuto (diritto di azione degli elettori; pubblicità degli atti; diritto di accesso agli atti e alle informazioni); in qualche caso, senza alcuna ulteriore disciplina (diritto di azione); in altri, con l'intervento della fonte regolamentare. In particolare, il regolamento dovrà disciplinare il rifiuto di atti che pregiudichino il diritto alla riservatezza di persone, gruppi o imprese; il diritto di accesso agli atti e il rilascio di copie; l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame delle pratiche; il diritto di accesso alle informazioni (art. 7).

Accanto a queste ipotesi, ve ne sono altre nelle quali lo Statuto dovrà non solo « recepire » l'istituto di partecipazione previsto dalla legge, ma anche disciplinarlo, con

l'eventuale ulteriore intervento della fonte regolamentare.

Ci si riferisce ai rapporti tra Comuni e organismi di partecipazione (la cui organizzazione e il cui funzionamento spettano al regolamento - art. 5 l. 142) e libere forme associative (per le quali lo Statuto dovrà altresì prevedere le modalità di valorizzazione); alla partecipazione degli interessati ai procedimenti; alle forme di consultazione; all'ammissione e all'esame di istanze, petizioni e proposte; all'accesso alle strutture e ai servizi.

È rimessa invece al regolamento, attraverso norme di organizzazione degli uffici e dei servizi, l'individuazione dei responsabili dei procedimenti (e cioè delle figure destinate tra l'altro a ricevere almeno alcune delle concrete manifestazioni della partecipazione); oltre a tutti gli aspetti di dettaglio (per loro natura più esposti alla variabilità) esulanti da una disciplina, qual è quella statutaria, destinata ad esprimere norme fondamentali (art. 4 l. 142).

Per l'individuazione dell'effettivo ambito di esplicazione dell'autonomia locale (attraverso gli strumenti dello Statuto e del Regolamento) in ordine agli istituti di partecipazione, è peraltro indispensabile tener conto anche della l. 7.8.1990 n. 241 — entrata in vigore a poco più di due mesi dalla legge sulle autonomie locali — che ha dettato norme sia di principio, sia di disciplina concreta in materia di partecipazione al procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, e cioè in materie che la l. 142 affida agli enti locali.

Con queste norme e con la legge nel suo insieme (per gli effetti che produce sull'azione amministrativa, sull'organizzazione e sui rapporti tra questa e i cittadini) ci si dovrà confrontare, al fine di stabilire da un lato se la potestà normativa degli enti locali, nelle materie in esame, sia stata definitivamente superata, ovvero se e quali margini di scelta continuino a sussistere; dall'altro, se la l.

241 offra una possibile chiave di lettura dei vari istituti di partecipazione previsti dalla l. 142.

A tale ultimo proposito, si ritiene opportuno soffermare preliminarmente l'attenzione sull'inserimento tra gli istituti di «partecipazione», ad opera della l. 142, dell'intervento degli interessati nel procedimento amministrativo, qualificato appunto come «partecipazione» (art. 6), traendone spunto per accertare se le figure individuate dalla legge sulle autonomie locali (e tra queste appunto la partecipazione al procedimento) rinviino a realtà tra loro diverse e insuscettibili di unificazione; ovvero se, al contrario, le varie forme — nonostante le evidenti diversità — siano tuttavia riconducibili ad un concetto unitario o, almeno, ad un'unica realtà giuridica fondamentale.

2. In uno studio del 1975, Berti rilevava che la partecipazione ha solo una apparente parentela con il contraddittorio, essendo questa garanzia della difesa, ad armi pari, di interessi tendenzialmente confliggenti; mentre la partecipazione starebbe a designare, al di fuori di ogni idea di conflitto giuridico, la presenza attiva della società, in termini di forze o gruppi sociali, in ogni occasione di attuazione del potere. Ed ancora, la partecipazione sarebbe diversa anche dalla consultazione: la responsabilità della prima sarebbe imputabile a colui che è invitato a partecipare; mentre nella seconda emergerebbe essenzialmente la posizione dell'organo pubblico, con la sua libertà di tener conto o di trascurare le voci raccolte<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 795 e ss. In tempi più recenti, ve. dello stesso BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, p. 345 e ss. Sul tema della partecipazione quale caratteristica dello Stato moderno v. anche NOCCELLI, *Principio di partecipazione e funzione del giudice amministrativo* in *Studi per il 150° anniversario del Consiglio di Stato*, Roma 1981, vol. III, p. 1631 e ss.

Questa differenziazione, sebbene continui intuitivamente a conservare una sua validità, se si guardi al profilo per così dire prevalente di ogni istituto, non può più oggi proporsi in termini netti e precisi, in quanto il processo di trasformazione della realtà sociale e giuridica<sup>2</sup>, in corso

<sup>2</sup> Il progressivo superamento della netta separazione tra ambito sociale e ambito individuale comporta il superamento della netta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e, attraverso processi di comunicazione (in doppio senso) tra pubblico e privato (IANNOTTA, *Atti non autoritativi e interessi legittimi*, Napoli, 1984, p. 33), favorisce la formazione di un nuovo diritto comune v. NIGRO, *Scienza dell'Amministrazione e diritto amministrativo*, R. T. D. P. C., 1968, p. 636 e ss., che individua quale elemento centrale di tale diritto comune «il diritto amministrativo (organizzativo) comune ... che rende possibile parlare, entro certi limiti, giustamente, di una scienza unitaria dell'Amministrazione» (p. 659). Alla emersione di questa «realtà» giuridica comune concorre la progressiva attuazione dell'ordinamento europeo — cfr. BERTI, *Prefazione a ANGIOLINI-MARZONA, Diritto comunitario diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, 1990, il quale, tra l'altro, rileva che «agli occhi della Comunità le amministrazioni degli Stati appaiono spesso nella stessa posizione delle imprese o di altri soggetti, nella posizione cioè di chi deve conformarsi a regole ed è soggetto a delle sanzioni se queste regole trasgredisce» (p. XII). Tutto ciò rinvia alle caratteristiche fondamentali del pensiero giuridico europeo al quale, con parole di NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 644-645 «non è mai completamente estranea la considerazione dell'uomo e dei suoi problemi concreti». I segni del processo (in atto) di formazione di un diritto comune («imposto, forse, più che voluto dai processi di unificazione europea in atto»: ASCHERI, *Gino Gorla tra diritto e storia: per il diritto comune europeo*, R. T. D. P. C., 1990, p. 951 e ss.) sono molteplici. E vanno dall'applicazione dei principi in materia di obbligazioni e contratti agli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni e tra amministrazioni, con inevitabili adattamenti degli stessi alla peculiarità dei contraenti (art. 11 e 15 l. 241/90), alla sottoposizione a principi tradizionalmente pubblicistici (egualianza, solidarietà, imparzialità, ecc.) dei poteri privati (cfr. Corte Cost. n. 103 del 9.3.1990 che ha affermato la vigenza del principio di egualianza nel rapporto di lavoro privato cui hanno fatto seguito Cass. 8.3.1990 n. 1880 e 9.2.1990 n. 947 — v. ancora Corte Cost. 15.5.1990 n. 241 sul divieto di abuso di posizione dominante da parte di imprenditori privati e l. 10.10.1990 n. 287 volta a sanzionare tra l'altro l'abuso di posizione dominante — cfr. ancora Cass. SS.UU. 29.12.1990 n. 12221 che ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di gare d'appalto svolte dal concessionario-soggetto privato: sentenza forse erronea nelle conclusioni ma che testimonia l'esigenza che i poteri privati si esercitino all'insegna dell'im-

da tempo ed accentuatosi negli ultimi anni, sta portando al definitivo superamento della separazione tra ambito (strettamente) sociale ed ambito (strettamente) individuale e delle distinzioni che su tale separazione si fondavano.

La diffusione dell'organizzazione amministrativa, tanto ampia da potersi definire totale (con parole di Nigro<sup>3</sup>) ha portato, tra l'altro, alla impossibilità per l'Amministrazione di conformare da sola l'interesse pubblico, essendo la realtà divenuta troppo complessa e fluida per poter essere ingabbiata in una configurazione, frutto del punto di vista di una sola delle parti (cioè appunto l'Amministrazione). A questa conformazione (anche al fine di acquisirne il previo consenso) debbono partecipare anche gli « amministrati », come singoli e/o nelle formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità, ovvero ancora « entrando » nell'organizzazione amministrativa<sup>4</sup>. Amministrati che, in tal modo, abbandonano la posizione di meri destinatari dell'azione amministrativa, per assumere un ruolo attivo e costruttivo e quindi « responsabile » (di quanto è a loro ascrivibile) rispetto alle « decisioni » dell'Amministrazione.

parzialità (soprattutto quando operino, come nel caso di specie, in ambito pubblicistico, coinvolgendo una pluralità di persone).

<sup>3</sup> Cfr. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo: interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.* 1987, V, p. 469 e ss. il quale rileva come società e organizzazione amministrativa sembrano oggi combaciare quasi perfettamente (481).

<sup>4</sup> Sul tema della partecipazione in generale v. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977. V. anche AA.VV., *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali*, Milano, 1977. Sulla presenza dei rappresentanti di interessi esterni all'interno dell'organizzazione amministrativa v. ZUELLI, *Le collegialità amministrative*, Milano, 1985, p. 117 e ss. Accenni alla presenza di esponenti di categorie e di gruppi in organi di amministrazione si rinvengono in LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, e AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978, p. 151 e ss.

In tal modo la « partecipazione » viene ad assolvere contemporaneamente ad una funzione di garanzia degli interessi (personali e collettivi) e al contempo dell'interesse dell'Amministrazione che, sintetizzandosi con i primi, dà vita ad una realtà definibile in termini di interesse generale, tendente al bene comune<sup>5</sup>.

Sotto altro profilo i problemi ambientali hanno reso manifesto che le posizioni degli appartenenti alla comunità sono tra loro strettamente collegate intorno ad una realtà, che appare sempre più comune e che al tempo stesso dà rilievo alla sfera autonoma di chi agisce (sia esso un privato o l'Amministrazione) e alla sfera egualmente autonoma di chi subisce gli effetti dell'azione altrui. Dietro un interesse che appare (ed è) di tutti, emerge l'interesse di ciascuno, nella sua peculiarità, facendo emergere altresì la dimensione personale di un fenomeno che sembrava assorbire ed annullare le singole personalità come tali<sup>6</sup>.

In sintesi, l'ambiente, svelando il suo carattere di bene comune, rinvia ad una realtà più profonda, costituita dal collegamento tra le persone, dalla « solidarietà » fra di esse, che presuppone il riconoscimento dell'autonomia di ciascuno, esaltando il profilo della responsabilità in ragione della consapevolezza che ciò che viene realizzato nel proprio ambito si ripercuote sul bene comune e quindi

<sup>5</sup> Sull'interesse generale quale frutto della ponderazione dell'interesse pubblico e della presa in considerazione adeguata e completa degli interessi di rilievo giuridico (dei singoli e delle formazioni sociali) e come realtà tendente al bene comune, cfr. IANNOTTA, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo*, in *Dir. proc. amministr.*, 1988, pp. 367-368, nota 98.

<sup>6</sup> A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in AA.VV., *Rilevanza e tutela...*, cit., p. 55. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazione della giurisprudenza*, in *Foro It.*, 1987, V, p. 15. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Milano, 1989, p. 240. Cfr. GIANNINI, « Ambiente »: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, Milano, 1975, in *Studi Papaldo*, 1975, p. 685 e ss.

sulle sfere (reali e) giuridiche degli altri uomini, che a questo ambito comune partecipano.

La partecipazione a nome della società appare quindi anche partecipazione delle persone che la compongono, a tutela della propria sfera giuridica collegata al bene comune, assorbendo in sé anche il profilo del tradizionale contraddittorio e sottolineando quello della responsabilità.

In questo contesto, l'accorpamento sotto la categoria «Istituti di partecipazione» di una pluralità di figure riconducibili ai tradizionali istituti del contraddittorio, della partecipazione e della consultazione appare pienamente giustificato sia perché tutti gli istituti assolvono effettivamente alla «funzione» di concorrere alla determinazione di interessi che trascendono quelli individuali; sia perché, contemporaneamente, in ciascuno di essi sono presenti la tutela anche della sfera personale e l'assunzione delle responsabilità gravanti su ciascuno; sia infine perché il concorso di una pluralità di soggetti «estranei» all'apparato amministrativo non fa venir meno la responsabilità dell'Amministrazione.

Non quindi soggettivizzazione del sociale né socializzazione (o dissoluzione) delle sfere individuali, ma sintesi di dimensione sociale e dimensione personale, con persistenza dei due termini nella loro autonomia, nonostante la loro inscindibilità<sup>7</sup>.

La contemporanea presenza, negli istituti di partecipazione, del profilo «sociale», della componente personale e dell'esigenza di responsabilità dell'Amministrazione, non fa perdere valore — come si è accennato — alla distinzione tra le varie figure, spostandola però dal piano (giuridico) della esclusività delle componenti innanzi indicate a quello della prevalenza.

<sup>7</sup> IANNOTTA, *op. ult. cit.*, p. 69 e ss.

Valga qualche esempio, come prima anticipazione di una problematica che sarà ripresa ed approfondita trattando delle varie forme di partecipazione.

Nella partecipazione c.d. *uti singulus*, la componente soggettiva (della difesa e/o dell'arricchimento della propria sfera giuridica) è prevalente rispetto a quella sociale, con assunzione di responsabilità da parte del privato (relativamente a quanto affermato, prospettato o proposto) che non annulla però quella dell'Amministrazione, cui compete la decisione finale.

Nella «consultazione» e nei referendum consultivi appare prevalente il profilo della responsabilità dell'ente che però (soprattutto nei referendum a richiesta di cittadini e nella misura in cui l'Amministrazione sia obbligata a tener conto degli esiti della consultazione<sup>8</sup>) non annulla il profilo partecipativo sociale, né l'interesse personale dei consultati rispetto al problema oggetto della consultazione (interesse che peraltro si colloca in una posizione subordinata rispetto alle altre esigenze).

L'elettore che si sostituisca in giudizio al Comune inerte (che quindi non vuole assumersi sino in fondo le responsabilità che gli competono) tutela contemporaneamente — sebbene in misura «decescente» — l'interesse dell'Ente, quello della collettività (o di parte della collettività) pregiudicata dall'inerzia e l'interesse suo proprio, ancorché quale componente della comunità, dotato di una sua sfera autonoma, sulla quale incide la mancata cura dell'interesse da parte dell'Ente<sup>9</sup>.

Un discorso analogo può farsi per le istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli e associati per la miglior cura di interessi collettivi: figure nelle quali (pur se con

<sup>8</sup> V. *infra*, par. 7.

<sup>9</sup> Sulla disciplina dell'azione del «contribuente» prevista dal T.U. come e prov. del 1915 v. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale (le azioni comunali e surrogatorie)*, Napoli, 1984.

notevoli differenze, a seconda del grado di concretizzazione e di operatività delle richieste) emergono contemporaneamente la dimensione sociale e quella personale, congiuntamente al profilo della responsabilità dell'Amministrazione, soprattutto in relazione all'obbligo di esaminarle tempestivamente (e non già di uniformarsi necessariamente ad esse<sup>10</sup>).

In sintesi, ciò che accomuna i vari istituti sembra essere la titolarità, in capo al soggetto o ai soggetti che «partecipano», di un interesse di rilievo giuridico, meritevole di tutela ed idoneo ad assicurare la migliore cura dell'interesse pubblico affidato all'Amministrazione (e con esso, dell'interesse generale e del bene, comune a tutti o a una parte dei componenti della collettività) limitando la libertà di questa ed accentuandone la responsabilità in ragione della necessità di tener conto della posizione dei «partecipanti» (neanche l'azione popolare fa venir meno la «responsabilità» del Comune, chiamato in causa *iussu iudicis* in base all'art. 6 co. 2° l. 142).

Ciò che invece li differenzia è il diverso grado di rilevanza e il diverso modo di presentarsi dei vari profili (meritevolezza di tutela dell'interesse, tensione verso un bene che trascende quello individuale, responsabilità) la cui maggiore o minore prevalenza consente di continuare ad affermare che altro è contraddittorio, altro partecipazione, altro consultazione, traendone implicazioni pratiche sul piano dell'ammissibilità e giuridicità delle concrete manifestazioni della partecipazione<sup>11</sup>.

3. Dopo questa premessa di carattere generale, volta a dar conto della (almeno tendenziale) unicità del tema

<sup>10</sup> V. *infra*, par. 5 sub C1 e sub A e B.

<sup>11</sup> BERTI, *Procedimento...*, cit.; IANNOTTA, *I motivi di ricorso...*, cit., p. 334.

della partecipazione, pur nella multiformità delle sue manifestazioni, si può passare all'esame dei vari istituti.

In particolare, delle varie figure individuate dagli artt. 6, 7 e 8 l. 142, saranno esaminate quelle della partecipazione al procedimento, del difensore civico, del referendum, del diritto di accesso agli atti e alle informazioni, delle istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli e associati, cercando di individuare gli spazi di libertà lasciati alle amministrazioni locali.

Dall'esame di questi istituti sembra infatti che emergano con maggior chiarezza non solo i tratti fondamentali del rapporto cittadino-amministrazione ma anche la rilevanza dei valori e delle esigenze fondamentali del nostro ordinamento, nell'attuale fase storico-istituzionale; e sembrano emergere altresì quelli che potrebbero essere i tratti fondamentali dell'Amministrazione del futuro<sup>12</sup>.

In quest'ottica, lo spazio centrale dell'indagine è stato occupato dalla partecipazione al procedimento secondo la l. 241.

Ed invero, i principi enucleabili dalle disposizioni della legge sul procedimento<sup>13</sup> sono apparsi non solo idonei ad essere assunti come (possibile, ancorché non esclusiva) chiave di lettura dell'intero «sistema» della parteci-

<sup>12</sup> Sulla unitarietà del concetto di partecipazione, v. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, cit., il quale sottolinea peraltro la componente della presenza del «non professionista» nell'amministrazione quale «costante» della partecipazione, dando rilievo (come pure viene fatto in questo lavoro: v. *infra* par. 8) al 2° co. dell'art. 3 Cost. laddove prevede, quale scopo fondamentale della Repubblica, quello di favorire (con il pieno sviluppo della personalità umana) l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione economica politica e sociale del paese (p. 162 e ss. e p. 166 e ss.).

<sup>13</sup> v. AA.VV., *La disciplina generale della legge sul procedimento: contributo alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1989. B. SELLERI, *Il procedimento amministrativo nel diritto comparato* (pubblicazione dell'Università di Bologna - Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione) Bologna, 1988.

pazione all'attività amministrativa in forme privatistiche.

Forme verso le quali si va evolvendo l'organizzazione pubblica a livello europeo, conservando peraltro l'esigenza di garanzia (e di controllo), propria dell'azione amministrativa in forme pubblicistiche, che sembra possa essere assolta (anche) dalla partecipazione dei cittadini, ancorché — come si vedrà — secondo modalità compatibili con i nuovi moduli di azione.

Va ancora precisato che l'indagine, seppur riferita anche alle province, privilegia la prospettiva comunale, attesa la maggior vicinanza dei Comuni alle persone degli amministratori e, con essa, l'accentuazione dell'esigenza partecipativa.

A) Il primo tema che viene in rilievo è quello della partecipazione al procedimento, prevista dalla l. 142 all'art. 6, con l'attribuzione agli enti locali del potere di normazione e peraltro disciplinata concretamente dalla l. 241.

Per poter stabilire i possibili termini di esplicazione dell'autonomia statutaria in tema di procedimento, è necessario previamente illustrare le norme contenute nella l. 241 anche per individuarne i principi che la stessa legge, all'art. 29, qualifica come «principi generali dell'ordinamento giuridico» e dai quali gli enti locali non potranno prescindere, costituendo essi il limite minimo inderogabile di «garanzia» assicurato a «tutti» (e a ciascuno) e quindi in qualsiasi contesto e nei confronti di qualsiasi amministrazione, compresa quella locale.

La legge sancisce, all'art. 7, l'*obbligo* di comunicazione dell'avvio del procedimento solo ai diretti destinatari del provvedimento finale, ai soggetti che per legge debbono intervenire e ai soggetti che possano comunque subire un pregiudizio, purché individuati o facilmente individuabili.

Agli altri soggetti (diversi dai diretti destinatari e non individuati né facilmente individuabili) ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, siano essi portatori di interessi pubblici o privati ovvero anche di interessi diffusi, purché costituiti in associazioni o comitati, è *data facoltà* di intervenire nel procedimento (art. 9 l. 241).

A tutti, senza distinzione tra soggetti chiamati a partecipare e soggetti intervenuti spontaneamente, è consentito di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie scritte e documenti, con l'obbligo per l'Amministrazione di prenderli in considerazione e di valutarli, ove ne rilevi la *pertinenza* con l'oggetto del procedimento (art. 10).

Queste norme vanno collegate con gli articoli precedenti, che sanciscono la necessità che il procedimento si concluda, *in un termine determinato, con un provvedimento espresso* (art. 2) e *motivato* (indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria) (art. 3) *adottato a conclusione dell'istruttoria*, condotta dal responsabile del procedimento, tenuto a valutare condizioni di ammissibilità, requisiti di legittimazione e presupposti rilevanti e ad accertare d'ufficio i fatti (art. 6): il tutto *nel rispetto dei criteri di economicità, efficacia e pubblicità e del divieto di aggravio del procedimento*, sanciti dall'art. 1 della l. 241.

In particolare, collegando l'obbligo di valutazione delle osservazioni e dei documenti con l'obbligo di una motivazione che dia conto dei presupposti di fatto e col potere-dovere di accertare d'ufficio i fatti, e tenendo conto altresì che al procedimento può partecipare una pluralità di soggetti, non limitata ai soli titolari delle tradizionali situazioni soggettive, si può dire che *il procedimento* — secondo la l. 241 — *appare come strumento di cono-*

*scienza effettiva della realtà, da ricostruire attraverso una molteplicità di apporti pubblici e privati e non più solo dell'amministrazione decidente. Amministrazione che, peraltro, è chiamata ad accertare la verità dei fatti, assumendosene in ultima analisi la responsabilità.*

La legge, ancora, prevede la possibilità di concludere accordi con gli interessati, in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10, per determinare il contenuto discrezionale del provvedimento ovvero (nei casi previsti dalla legge) in sostituzione di questo. In assenza di limitazioni, tali accordi appaiono stipulabili con tutti i soggetti legittimati a intervenire e quindi, anche contemporaneamente, con i possibili interessati e controinteressati, dando vita in tal modo ad accordi plurilaterali.

Per completare l'esposizione del quadro normativo, quale disegnato dalla l. 241, va aggiunto che, secondo le sue stesse previsioni, alla «regola» della partecipazione degli interessati al procedimento si può derogare in presenza di particolari esigenze di celerità (art. 7) e che essa non trova applicazione nei procedimenti relativi ad atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione e nei procedimenti tributari (art. 13). Per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale inoltre non è richiesta la motivazione, in base all'art. 1 co. 2° della stessa l. 241.

Le norme da ultimo citate saranno esaminate in sede di trattazione della potestà normativa degli enti locali (e dei loro ambiti di autonomia) in tema di partecipazione, dopo aver cercato di ricostruire i principi fondamentali che si enucleano dalla l. 241 e che non possono non incidere sull'interpretazione delle «deroghe» e delle «esenzioni»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> V. *infra*, par. 5 sub B, C, e C1.

B) Un primo aspetto da sottolineare è che la l. 241 porta sul piano procedimentale una realtà giuridica già presente nel nostro ordinamento, che però poteva manifestarsi normalmente solo *ex post*, sul piano processuale, attraverso lo strumento del ricorso (ovvero che poteva realizzarsi, senza «apparire», all'interno dell'azione per così dire fisiologica dell'Amministrazione).

Quando il giudice amministrativo ha annullato provvedimenti di secondo grado per mancata considerazione della posizione del destinatario, titolare di una situazione giuridica favorevole scaturente dal precedente provvedimento<sup>15</sup>; ovvero l'indizione di una gara col sistema della licitazione privata, per mancata considerazione della posizione del soggetto che aveva fatto affidamento sull'invito<sup>16</sup>; ovvero un decreto di occupazione per non aver l'Amministrazione tenuto conto di atti rilevanti<sup>17</sup>; ovvero l'atto di ripetizione di somme indebitamente percepite, per mancata valutazione della posizione del dipendente<sup>18</sup>; ovvero ancora un decreto ministeriale di indizione di concorsi a cattedre, per non aver tenuto conto del mutato avviso dell'Università<sup>19</sup>; in tutte queste ipotesi (traducibili peraltro in termini fisiologici, ipotizzando cioè che l'Amministrazione tenga conto spontaneamente dei fatti rilevanti) il giudice ha riconosciuto che l'Amministrazione doveva tener conto e quindi conoscere e valutare la situazione pretermessa, e le ha quindi imposto di confrontarsi con essa — di valutarla perché rilevante, pregiudicata e pertinente, per usare la terminologia della l. 241 — nel corso della (futura) azione, da porre in essere in sede di esecuzione del giudicato.

<sup>15</sup> Cons. Stato, V, 26.10.1984 n. 768.

<sup>16</sup> Cons. Stato, V, 18.1.1984 n. 49.

<sup>17</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 19.6.1986 n. 6.

<sup>18</sup> Cons. Stato, V, 27.4.1987 n. 249.

<sup>19</sup> Cons. Stato, VI, 3.4.1990 n. 442 e TAR Lazio, I, 20.4.1989 n. 887.

Gli esempi potrebbero essere molto di più, guardando anche alla giurisprudenza cautelare in tema di obbligo di procedere o di provvedere<sup>20</sup> e, si ripete, all'azione fisiologica dell'Amministrazione.

La novità non sta quindi nell'aver « creato » situazioni giuridiche, ma nell'aver dato voce sostanziale a situazioni che fino a ieri potevano manifestarsi, in prima battuta, solo a livello processuale (o delle quali l'Amministrazione poteva — ma non doveva — tener conto, ricostruendole secondo il proprio punto di vista e non già con l'apporto dei privati). Ovvero ancora nell'aver attribuito rilevanza, ai fini della loro diretta valutazione, a situazioni che fino ad ieri potevano svolgere (normalmente) una funzione solo negativa, volta all'eliminazione dell'atto illegittimo, senza poter accedere alla valutazione all'interno del procedimento.

Si pensi alle situazioni personali garantite solo attraverso il rispetto di regole formali<sup>21</sup> ovvero ancora a quelle dei terzi estranei a procedimenti relativi al rilascio ad altri di licenze, autorizzazioni, concessioni. Si pensi in particolare all'interesse del « vicino » ad una diversa dislocazione del fabbricato da realizzare sul fondo altrui, non imposta da alcuna norma, per limitare la perdita di aria, luce, ecc.: interesse che oggi può essere valutato e soddisfatto in sede di procedimento, collegandosi ai profili « discre-

<sup>20</sup> v. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo, I: per la tutela cautelare*, Napoli, 1989, p. 300 e ss.

<sup>21</sup> A questo tipo di posizioni appariva riconducibile quella del proprietario rispetto al decreto espropriativo preceduto dall'occupazione (adottata senza contraddittorio Ad. Plen. n. 6/86 cit.) e dall'esecuzione dell'opera. Oggi, dopo la l. 241, sembra debba escludersi la possibilità di prescindere dalla partecipazione in sede di adozione del decreto di occupazione: partecipazione che anzi dovrebbe risalire almeno all'approvazione del progetto se non al momento pianificatorio, come pure si ipotizza nel testo (v. *infra*, par. 5 sub C e C1).

zionali » del potere di rilascio di concessioni edilizie<sup>22</sup>, e che può dar vita anche ad un « accordo » con l'Amministrazione e con l'altra parte, nell'interpretazione innanzi proposta dell'art. 11 della l. 241.

Questa possibilità di incidenza sostanziale va riconosciuta anche (e a maggior ragione) alle formazioni sociali, quando facciano valere interessi collettivi in procedimenti riguardanti interessi altrui; e alle associazioni e comitati portatori di interessi diffusi, per la loro natura « opponibili » in procedimenti relativi ad interessi « altrui », siano essi solo pubblici o pubblici e privati.

In altra occasione si è definito la posizione relativa a un interesse altrui in termini di « pretesa », rivolta all'Amministrazione, « a non porre in essere atti o comportamenti che conformino in maniera inadeguata e incompleta, per eccesso, l'interesse altrui » e quindi come pretesa a non attribuire al « terzo » più di quello che gli spetta<sup>23</sup>.

Questo tipo di situazione giuridica (di interesse legittimo) si era pertanto colto in una dimensione materiale di tipo oppositivo (non dare), ancorché riferita ad una situazione pretensiva sul piano giuridico, sostanziantesi cioè sempre in una pretesa alla presa in considerazione di un interesse giuridico e personale<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> v. IANNOTTA, *Motivi...*, cit., p. 250 e ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 277 e ss.

<sup>24</sup> La posizione della persona e delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità (associazioni stabili, comitati costituiti *ad hoc*, enti privati, ma anche pubblici, quali ad es. gli Ordini professionali ma anche gli stessi enti locali nei rapporti con Amministrazioni) è stata definita (IANNOTTA, *op. ult. cit.*) quale situazione giuridica della quale il titolare può pretendere la presa in considerazione adeguata e completa da parte del titolare di un « potere » in funzione della realizzazione dell'interesse a un bene della vita (nei limiti del sacrificio e della rilevanza rispetto all'esercizio del potere). Tale pretesa può obbligare l'Amministrazione non solo alla valutazione diretta dell'interesse; ma anche a non curare l'interesse pubblico in maniera ingiusta e a non dare ai terzi più di quanto spetta loro: ed infatti, regole ingiuste o privilegi in-

La legge sul procedimento può consentire che queste posizioni si trasformino anche in pretensive sul piano materiale, nel senso che i portatori di interessi diffusi o collettivi potranno chiedere che al «terzo» siano imposti comportamenti positivi ai fini del «miglioramento» di beni incidenti sull'ambito comune con l'arricchimento delle sfere personali che «partecipino» a tale bene<sup>25</sup>. In coerenza con la logica che caratterizza la possibilità per i cittadini (prevista dall'art. 6 l. 142) di presentare istanze e proposte per la miglior cura di interessi collettivi.

C) Nel dare all'interessato voce procedimentale, la legge lo chiama ad un ruolo attivo e responsabile, che si realizza in primo luogo attraverso la conformazione diretta dell'interesse di cui sia portatore, in modo da renderlo compatibile con l'interesse pubblico, del quale lo obbliga a tener conto; ed in secondo luogo, attraverso la formulazione di «proposte», le quali possono realizzare (qualora accolte) la diretta conformazione (parziale o totale) dell'interesse pubblico.

In quest'ottica e cioè tenendo conto del ruolo autonomo e attivo che, secondo il modello legislativo, sono chiamate a svolgere le persone, all'interno dell'azione am-

giusti a favore di terzi possono tradursi in una «ingiustizia» in danno di soggetti «collegati» intorno a un ambito comune, nel quale si esercita il potere.

Quando l'interesse appartenga a tutti i componenti di una collettività, la pretesa alla presa in considerazione dell'interesse (diffuso) può essere azionata da ciascuno o anche da un soggetto che se ne faccia portatore per tutti nei confronti dell'Amministrazione che rappresenti tutta la collettività.

Nella legge sul procedimento le situazioni giuridiche possono operare in tutte e tre le direzioni innanzi indicate: verso il proprio interesse, conformandolo direttamente; verso l'interesse pubblico, verso l'interesse dei terzi.

<sup>25</sup> Si pensi alla legislazione in materia di cave che impone a chi coltivi una cava di «ripristinare» l'area sfruttata (es. art. 9 l. Reg. Campania 13.12.1985 n. 54). Questa norma conferisce ai «terzi» la possibilità di chiedere all'Amministrazione di imporre al titolare della cava attività positive per il miglioramento del «bene».

ministrativa, acquistano un significato non meramente efficientistico, ma anche di garanzia, i criteri dell'economicità e dell'efficacia, individuati come fondamentali (unitamente a quello della pubblicità) dall'art. 1 della l. 241<sup>26</sup>.

Questo ruolo attivo e, soprattutto, responsabile dei privati si ricava anche da altre norme della legge sul procedimento ed in particolare da quelle che consentono l'inizio di un'attività (da individuarsi con regolamenti adottati ai sensi della l. 400/88) su mera denuncia o in forza di silenzio-assenso (artt. 19, 20 e 21), imponendo ai privati di valutare adeguatamente la propria posizione, per renderla conforme alle regole.

In questa ipotesi, il procedimento dovrà (o potrà, in caso di silenzio-assenso, e sempre che il terzo controinteressato non chieda — prima della scadenza del termine — un'espressa pronuncia dell'Amministrazione, imponendole di provvedere, e di aprire quindi il procedimento<sup>27</sup>) prendere l'avvio ad attività già iniziata e potrà concludersi, in presenza di iniziative illecite, non solo col divieto di prosecuzione o con l'annullamento totale dell'assenso implicito, ma anche con la conformazione a legge dell'attività ovvero con la sanatoria dei vizi dell'atto implicito.

Anche in queste ipotesi, si coglie la logica sostanziale che si è vista ispirare la legge sul procedimento; l'intervento successivo dell'Autorità non potrà infatti svolgersi su

<sup>26</sup> Sulla «combinazione» di garanzia ed efficienza nella giurisprudenza cautelare in tema di realizzazione di opere pubbliche v. PUGLIESE, *L'occupazione preliminare nel procedimento espropriativo*, Napoli, 1984, p. 234 e ss.

<sup>27</sup> V. Circ. Ministero Funzione pubblica, 4.12.1990 (in G.U. 13.12.1990 n. 290) - Art. 16 della l. 26.4.1990 n. 86 concernente i reati di rifiuto di atti d'ufficio e di omissione che, ai fini della configurazione del reato di omissione d'atti di ufficio (art. 16 l. n. 86) a seguito di «richiesta» di chi vi abbia interesse, individua tra gli «interessati» il controinteressato al «silenzio-assenso» al quale riconosce il diritto di chiedere che l'Amministrazione si pronunci espressamente sull'istanza della controparte.

un piano formale, nella logica del veto, per la mancanza di un qualsiasi requisito, essendo prevista (sempre che il privato non abbia fatto dichiarazioni false o mendaci o si sia avvalso di false attestazioni, con accentuazione del profilo della responsabilità: art. 21) una fase previa, di invito alla conformazione o di eliminazione dei vizi da cui sia affetto il provvedimento implicito di autorizzazione.

Queste previsioni possono contribuire a meglio definire il ruolo del terzo nei procedimenti riguardanti beni altrui. Questi, come già si è visto, sembra dover tendere a risultati sostanziali e quindi, nei procedimenti di verifica della liceità del comportamento altrui, all'eliminazione di illegittimità sostanziali e non già alla caccia all'errore formale, in una logica di mera opposizione.

D) Il profilo della responsabilità (che si può sintetizzare nel diritto-dovere di ciascuna delle parti del procedimento di tener conto del proprio interesse e di quelli delle altre parti) ha un risvolto pratico e per così dire utilitaristico, connesso al carattere che debbono presentare le osservazioni e le proposte degli interessati per poter radicare in capo all'amministrazione l'obbligo di valutazione: vale a dire quello della «pertinenza» all'oggetto del procedimento.

In quest'ottica, il non presentare osservazioni emulative, o ispirate alla logica del «veto», o, ancora, sganciate dalla situazione in ragione della quale si partecipa; ovvero il non formulare domande e proposte tendenti alla incondizionata ed assoluta soddisfazione delle proprie pretese, costituirà non solo dovere ma anche interesse delle parti, per evitare di andare incontro a decisioni di inammissibilità per irrilevanza delle soluzioni prospettate.

Il tema della «pertinenza» delle osservazioni, così come quello della rilevanza del pregiudizio e della giuridicità degli interessi e cioè in sintesi il tema della pretesa alla

partecipazione, alla presa in considerazione dell'interesse e alla valutazione della «conformazione» ad esso data dai privati, sembra costituire uno degli ambiti più importanti di esercizio del potere giurisdizionale, non solo di merito ma anche cautelare, soprattutto nelle forme del *re- mand*<sup>28</sup>, attraverso l'imposizione all'Amministrazione di obblighi (positivi) di ammissione al procedimento, di presa in considerazione dell'interesse e di valutazione di osservazioni e proposte. Obblighi che potranno essere imposti in base al previo accertamento della rilevanza, giuridicità e pertinenza della situazione prospettata.

4. A questa logica sembrano ispirarsi le previsioni della l. 241 relative all'accesso ai documenti amministrativi, qualificato come *diritto* per «chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti» (art. 22 co. 1°) avente ad oggetto ogni tipo di atto anche interno (art. 22 co. 2°) purché non coperto da segreto (art. 24), esercitabile nei confronti di tutte le amministrazioni statali, degli enti pubblici e dei concessionari di pubblici servizi (art. 23), attraverso una *richiesta motivata* di esame e di estrazione di copia dei documenti (art. 25 commi 1 e 2). Diritto tutelabile, nel caso di risposta negativa o di mancata risposta nel termine di trenta giorni dalla domanda, attraverso ricorso al giudice amministrativo, il quale, con procedura d'urgenza, può ordinare all'Amministrazione l'esibizione dei documenti richiesti (art. 25).

In tal modo, il legislatore ha previsto un'azione (e quindi una sentenza) di condanna (al rilascio), fondata sull'accertamento della giuridica rilevanza della situazione

<sup>28</sup> Sul «rinvio» e su un suo possibile fondamento normativo già nell'art. 44 T.U. Consiglio di Stato, v. IANNOTTA, *Motivi...*, cit., p. 227 e ss.; cfr. anche dottrina ivi citata.

ne prospettata, dell'interesse del richiedente e della validità della motivazione addotta a sostegno della domanda. Elementi tutti dei quali egualmente dovrà tener conto l'Amministrazione ai fini dell'adozione della propria decisione, di accoglimento (che potrà essere totale o parziale così come la decisione del giudice amministrativo) o di rigetto dell'istanza dell'interessato.

Il « modello » che si ricava dalle previsioni in esame si differenzia dalle precedenti esperienze (non solo italiana, ma anche tedesca e francese)<sup>29</sup> per aver riferito il diritto anche agli atti interni (la l. 816/85 si riferiva ai soli provvedimenti) nei confronti di ogni tipo di amministrazione (la l. 816 riguardava le amministrazioni locali); per averne previsto l'esercizio anche al di fuori del procedimento (al quale invece è limitato l'esercizio in Germania); per averne previsto una tutela immediata (in Germania il rifiuto è impugnabile unitamente alla decisione di merito) ed efficace (in Francia la tutela giurisdizionale, preceduta da una lunga fase amministrativa, può sfociare solo in una sentenza di annullamento del diniego); per aver collegato il diritto ad una situazione giuridicamente rilevante e alla sussistenza di un interesse apprezzabile, da dimostrare (limiti assenti nella l. 816).

L'esame delle norme sul diritto di accesso conferma l'impostazione che si è vista essere propria delle norme sulla partecipazione al procedimento, contraddistinte dall'esigenza di accordare tutela ai soggetti portatori di situazioni giuridicamente *rilevanti* (latamente intese), peraltro senza appesantimenti dell'azione amministrativa e senza imporre all'amministrazione obblighi indefettibili, per il fatto di averle riconosciuto il potere(-dovere) di va-

<sup>29</sup> v. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, cit., p. 150 e ss.

lutazione, attraverso il quale passa la soddisfazione delle pretese.

E si tratta di un'impostazione rispondente ad esigenze di giustizia sostanziale, rispetto alle quali le esigenze di tipo formale vengono a svolgere una funzione tendenzialmente strumentale, come è confermato dalla norma per la quale l'omissione delle formalità del procedimento può essere fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista (art. 8, u.c.).

Questa norma conferma il carattere contemporaneamente oggettivo e soggettivo (relativo) della legalità, in altre occasioni evidenziato<sup>30</sup> e sembra destinata ad incidere anche sugli effetti dell'annullamento dovuto a vizi formali ed in particolare alla omessa comunicazione dell'avvio del procedimento. Se tale formalità è strumentale alla partecipazione attiva del privato alla definizione dell'assetto degli interessi, l'annullamento conseguente alla omissione non dovrebbe travolgere l'atto *in toto* ma ai soli fini della partecipazione e della conseguente presa in considerazione e valutazione degli atti, fatti, circostanze, osservazioni e proposte adottati dal privato stesso: valutazione che potrebbe confermare i precedenti esiti, con conseguente conservazione delle precedenti determinazioni.

Sotto altro profilo il giudice amministrativo, se dovesse — per ipotesi — continuare, da un lato, a muoversi in una logica « formale » e dall'altro, a considerare l'omis-

<sup>30</sup> IANNOTTA, *Motivi...*, cit., spec. p. 296 e ss. La norma, come realtà oggettiva, vive nell'esperienza dei rapporti umani. Con l'oggettivo è incompatibile il soggettivismo, inteso come individualismo e non la dimensione personale: di un uomo che riconosce l'altro (eguale) chiedendo di essere da questi riconosciuto (libero) e con ciò riconosce l'esistenza di una realtà comune ad entrambi sulla quale si edifica la solidarietà. Dall'io nel suo mondo e con le sue certezze (HUSSERL, *Ricerche logiche*, Milano, 1968) all'intersoggettività (MERLEAU-PONTY, *Fenomenologia della percezione*, Milano, 1965) alla persona, nel mondo, legata alle altre dal vincolo di solidarietà e dalla esigenza di garantire il bene comune, fondamento dell'autorità.

sione idonea e caducare *in toto* il provvedimento scaturente dal procedimento irregolare, non potrebbe fare a meno di potenziare — per intuibili esigenze di conservazione degli atti e di efficacia dell'azione amministrativa — la tutela cautelare, nelle forme del rinvio all'Amministrazione, con obbligo di consentire la partecipazione; e in relazione a tale potenziamento potrebbe anche dedurre, dalla mancata attivazione della tutela cautelare (purché esperibile anche in rapporto alla « conoscenza » dell'interessato), la carenza di interesse a dedurre il vizio della omessa comunicazione.

Concludendo questa (peraltro incompleta) esposizione della l. 241, si può dire che essa sembra proporre una figura di cittadino (come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, siano esse associazioni, comitati o soggetti giuridici dotati di autonoma personalità) responsabile e consapevole che, in tanto viene ammesso a costruire con gli altri (con pari opportunità) l'interesse generale, in quanto conosca e tenga conto della realtà; e che, al tempo stesso, proprio per poter svolgere attivamente il suo ruolo, ha il diritto di intervenire e di conoscere. Come requisito minimo e al tempo stesso come garanzia di questo atteggiamento consapevole e responsabile, la legge ha posto il limite della titolarità di una posizione giuridicamente rilevante (senza richiederne la qualificazione sulla base dei tradizionali caratteri, propri delle tradizionali situazioni soggettive<sup>31</sup>) e di un interesse pregiudicato, ritenendo evidentemente che solo chi sia effettivamente « coinvolto » in ragione della titolarità

<sup>31</sup> La qualificazione legislativa (il riconoscimento da parte del diritto positivo) non è più idonea a spiegare il fenomeno delle situazioni soggettive che va al di là della legge e che trova il suo fondamento, sempre più, in principi fondamentali e nel collegamento con la realtà umana che, seppur non formalizzata dalla legge, appare come meritevole di tutela. Cfr. AA.VV., *Il meritevole di tutela*, a cura di Luigi LOMBARDI VALLAURI, Milano, 1990.

di un « legittimo interesse » (individuale, collettivo o diffuso) possa offrire validi contributi, per il fatto di non essere « estraneo » alla vicenda.

Sul versante dell'Amministrazione si delinea, alla luce delle norme fin qui esaminate, un modello, il cui nucleo essenziale si può sintetizzare da un lato nella necessità di intervenire nella viva realtà degli interessi umani conoscendola anche attraverso gli apporti dei cittadini, per la contemporanea realizzazione del fine di garanzia (posto a tutela di tutti e di ciascuno) e di buona amministrazione; dall'altro nel « divieto » di incidere nella realtà, di pregiudicare interessi meritevoli, senza confrontarsi con essi, senza tenerne conto e senza valutarli.

5) Se questa è l'esigenza fondamentale sottostante alle previsioni contenute nella l. 241 in tema di partecipazione degli interessati al procedimento, gli enti locali non potranno non tenerne conto nel disciplinare la materia in sede statutaria e regolamentare.

Tale esigenza viene a svolgere un ruolo particolarmente significativo ai fini della disciplina delle ipotesi nelle quali la l. 241 consente di derogare alle disposizioni in tema di partecipazione (particolari esigenze di celerità: art. 7) ovvero ne esclude l'applicazione (art. 13: atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione; procedimenti tributari). Ma appare estremamente significativa anche ai fini dell'individuazione delle norme necessarie per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame di domande, progetti e provvedimenti che comunque li riguardino (art. 7 co. 4° l. 142).

Di questi tre problemi ci si occuperà nel presente paragrafo, iniziando dall'accesso alle informazioni, che verrà esaminato in collegamento con il tema della partecipazione al procedimento, ed in particolare quale « strumento » per la realizzazione della « facoltà » di partecipare.

A) Come si è visto, la l. 241 impone all'Amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento ad una cerchia di soggetti (art. 7) più ristretta di quelli che hanno titolo a parteciparvi (art. 9) in quanto portatori di interessi pubblici, privati o diffusi ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. Tali soggetti sono sicuramente ricompresi nel novero di quelli che hanno diritto ad essere informati sullo stato degli atti e delle procedure che comunque li riguardino, di cui all'art. 7, co. 4°, l. 142.

Orbene, solo un'adeguata ed efficace disciplina (a questo fine) di quella che viene definita l'informazione sulle informazioni<sup>32</sup> potrà evitare che la norma di cui all'art. 9 l. 241 resti lettera morta e che sia quindi vanificata l'esigenza che al procedimento partecipino i soggetti che possano essere toccati dal suo esito. Esigenza che, come si è visto, si collega a ragioni non solo di garanzia ma anche di buona amministrazione e più in particolare di conoscenza, da parte delle Amministrazioni, di fatti e circostanze che solo gli «interessati» sono spesso in grado di conoscere e di rappresentare.

Gli enti locali pertanto dovranno stabilire, attraverso i regolamenti, forme di pubblicità circa l'avvio dei procedimenti, eventualmente differenziate, in relazione all'ambito di incidenza delle varie iniziative, istituzionalizzando le forme di pubblicità che la l. 241, all'art. 8 co. 3°, prevede come facoltative quando la comunicazione personale ai destinatari «necessari» individuati dall'art. 7 non sia possibile o risulti particolarmente gravosa.

In mancanza di una disciplina adeguata, si può ipotizzare un potenziamento della tutela cautelare anche per

<sup>32</sup> v. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 416 e ss., spec. p. 432 e ss. e altra dottrina ivi citata.

le situazioni soggettive protette dall'art. 9 della l. 241, delle quali il giudice amministrativo potrebbe imporre alle Amministrazioni di tener conto, riaprendo all'occorrenza il procedimento (sempre che ciò sia materialmente possibile) anche per non costringere i loro titolari al ruolo di meri controllori esterni della legalità dell'azione amministrativa, intesa in un senso più formale che sostanziale a causa della loro «estraneità» alla vicenda.

A1) La previsione di questi obblighi di pubblicità per le Amministrazioni non esaurisce la disciplina dell'accesso alle informazioni circa l'avvio dei procedimenti, dovendo la normativa regolamentare disciplinare anche le informazioni su richiesta dei possibili interessati, facultati a partecipare direttamente ex art. 9 l. 241 o della cui posizione l'Amministrazione è comunque obbligata a tener conto, indipendentemente dalla loro diretta partecipazione.

Valga qualche esempio proposto in riferimento a fattispecie esaminate dal giudice amministrativo.

Il soggetto che abbia ricevuto affidamenti circa la sua partecipazione alla procedura di scelta del gestore di un servizio ha interesse a conoscere se l'Amministrazione abbia avviato o stia avviando tale procedura al fine di rappresentare la necessità che, nell'individuare il modo di scelta del contraente (asta pubblica, licitazione privata) si tenga conto della sua posizione (la cui mancata considerazione è stata ritenuta causa di illegittimità della indizione di una licitazione privata cui il soggetto in questione non avrebbe potuto partecipare<sup>33</sup>).

Il titolare di una lottizzazione convenzionata in corso di esecuzione ha interesse a conoscere se l'Amministrazione abbia avviato o stia per avviare una procedura di variante al P.R.G. che possa coinvolgere l'area interessata

<sup>33</sup> Cons. Stato, V, n. 49/84 cit.

dalla lottizzazione: di tale situazione l'Amministrazione, secondo la giurisprudenza praticamente unanime, è obbligata a tener conto, non potendo limitarsi a sacrificarla affermando la sussistenza di altre esigenze pubbliche che impongono una diversa destinazione dell'area<sup>34</sup>.

In queste due ipotesi è configurabile un diritto all'informazione autonomo rispetto al diritto di accesso ai documenti, al cui rilascio i soggetti interessati, nel primo caso, potrebbero non aver diritto, per esigenze di riservatezza; e nel secondo non avrebbero sicuramente diritto, stando all'art. 24, u.c., l. 241 che esclude l'accesso agli atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all'art. 13, tra i quali sono ricompresi i piani regolatori (e le loro varianti).

Il diritto all'informazione scaturisce con assoluta evidenza dalla considerazione che i richiedenti vantano una situazione tale da giustificare l'annullamento degli atti che ne abbiano omesso la valutazione: con conseguente necessità che il loro interesse emerga non solo per ragioni di «garanzia» ma anche per motivi di efficienza (ponderando l'interesse si evita di porre in essere una decisione destinata ad essere annullata).

Il diritto all'informazione viene pertanto a porsi come strumentale non solo rispetto all'esercizio della facoltà di partecipazione diretta ma anche all'esigenza che l'interesse sia acquisito al procedimento.

In relazione a fattispecie di questo tipo, il regolamento potrebbe prevedere per le informazioni uno schema analogo a quello disciplinato dalla l. 241: istanza motivata da parte di chi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, con obbligo di pronuncia in un termine breve, attraverso un atto fondato sul previo accertamento della rilevanza della situazione prospettata.

<sup>34</sup> Cons. Stato, IV, 19.3.1988 n. 245.

Avverso il rifiuto (espresso o tacito) l'interessato potrebbe esperire un'azione analoga a quella prevista per il rilascio di documenti dalla legge 241.

B) Quanto alla «deroga» alle norme sulla partecipazione, consentita dall'art. 7 l. 241 in presenza di ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, essa va disciplinata in coerenza con la ratio fondamentale della l. 241, collegandola ad esigenze di celerità sussistenti in concreto, da dimostrare attraverso l'obbligatoria motivazione ed escludendo invece l'urgenza affermata in maniera astratta ed indifferenziata dalla legge o causata dal precedente comportamento (colpevolmente) inerte della stessa Amministrazione (sempreché il ritardo non comprometta irreversibilmente interessi di rilievo primario).

Le ragioni di impedimento, idonee a svincolare l'Amministrazione dal rispetto delle norme sulla partecipazione, non possono comunque esonerarla dall'osservanza della sua ratio fondamentale e cioè dall'esigenza di conoscenza della realtà e di confronto con la stessa, ancorché in tempi e in forme compatibili con l'urgenza.

A sostegno di questa affermazione valga il richiamo alla giurisprudenza che ha imposto all'Amministrazione, pur in sede di occupazione *d'urgenza*, di tener conto di atti (ma anche di fatti e circostanze) rilevanti e che ha ritenuto illegittimo, annullandolo, il provvedimento che si sia mosso nella logica meramente esecutiva (rispetto alle decisioni previe, contenute nel piano regolatore e nella deliberazione di approvazione del progetto) non dando ingresso a tale obbligatoria considerazione<sup>35</sup>.

Per le fattispecie «urgenti» gli enti locali, portando sul piano procedimentale le esigenze affermate in sede

<sup>35</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. n. 6/86 cit.

processuale, potrebbero prevedere forme di partecipazione più semplici quale ad es. l'invito alla parte ad intervenire di persona per rappresentare anche oralmente le proprie ragioni in tempi compatibili con la brevità del procedimento<sup>36</sup>.

C) Come si è accennato, la l. 241 ha stabilito (art. 13) che le norme sulla partecipazione al procedimento non si applicano alla formazione degli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, né ai procedimenti tributari.

In proposito Nigro, uno dei principali artefici del disegno di legge sul procedimento, ha dichiarato — prima che la legge fosse approvata — di non essere più d'accordo su tale limitazione ed ha auspicato che il precetto venisse soppresso o fortemente ridotto nella sua estensione, rilevando che «Le ipotesi escluse dal precetto sono quelle in cui più tipicamente e decisamente si manifesta l'attività di regolazione di interessi e più precisamente di determinazione di assetti di interessi dell'Amministrazione; la formazione di questi atti è così quella che più pressantemente richiede l'identificazione di tutti gli interessi coinvolti, la loro ponderazione e la loro comparazione. Proprio in questi casi, quindi, l'istruttoria più completa — per partecipazione di soggetti, emersione di fatti e di interessi, incontro e scontro di soggetti pubblici e privati — sembra necessaria. Passi per i procedimenti tributari, che hanno bisogno di una disciplina speciale e passi pure per qualche atto normativo tipico (i regolamenti del governo), ma escludere dalla disciplina del disegno, negli

<sup>36</sup> v. SCIULLO, *Sintonie e dissonanze fra le leggi 8 giugno 1990 n. 142 e 7 agosto 1990 n. 241: riflessi sull'autonomia normativa locale*, p. 2198 e ss., il quale ritiene che gli enti locali possano riconoscere, tra l'altro, il diritto di audizione (p. 2219).

altri casi contemplati dall'art. 14» (art. 13 della l. 241) «l'istruttoria prevista, significa diminuire gravemente l'incidenza della nuova legge e lasciare senza disciplina campi essenziali per l'impianto di un corretto rapporto tra potere pubblico e cittadini»<sup>37</sup>.

Sebbene l'invito dell'illustre e compianto Maestro non sia stato accolto dal legislatore, non si ritiene che le esigenze rappresentate nel brano innanzi citato siano state vanificate dall'art. 13, soprattutto se si guardi il fenomeno nella duplice (e contemporanea) prospettiva della buona amministrazione e della tutela delle situazioni coinvolte: e ciò in rapporto non solo alla legge sulle autonomie locali ma anche alla stessa l. 241, ove interpretata alla luce della esigenza fondamentale che se ne è enucleata.

Come si è visto, le norme sulla partecipazione al procedimento e tutte le altre contenute nella l. 241 appaiono manifestazione di una concezione sostanziale, tesa a dare ingresso alla possibile valutazione di tutti gli interessi (di singoli, di formazioni sociali, di enti) potenzialmente pregiudicati e ai fatti e circostanze pertinenti con l'oggetto del procedimento.

La meritevolezza di tutela e di considerazione non viene pertanto collegata a criteri di ordine formale con limitazione ai soli interessi qualificati dalle norme (legislative, regolamentari, pianificatorie, ecc.) e agli strumenti formali dalle stesse previsti.

Ciò che rileva, ai fini della partecipazione, è il possibile pregiudizio per un interesse di un soggetto: e la partecipazione appare finalizzata non già a garantire l'attuazione di decisioni già prese e definite in tutte le compo-

<sup>37</sup> NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 24.

menti, bensì a costruire la « decisione »<sup>38</sup> attraverso memorie e documenti sostanziatisi anche in osservazioni e proposte (artt. 10 e 11 l. 241) e quindi in forme non prefirgurabili, essendo richiesto il solo requisito della pertinenza all'oggetto del procedimento.

Con siffatta impostazione sostanziale, riducibile alla « norma » del « necessario conoscere e valutare per poter incidere concretamente ed efficacemente nella realtà degli interessi umani » appare incompatibile qualsiasi soluzione che elimini ogni spazio per la (doverosa) conoscenza, considerazione e valutazione degli interessi. Ed in particolare appare incompatibile la ricostruzione del procedimento (delineato dalla l. 241) quale mera occasione di verifica dell'attuazione di decisioni preve, contenute in piani, programmi, atti generali, atti normativi che abbiano determinato compiutamente e definitivamente gli assetti di interessi senza identificarli, ponderarli e compararli, in ragione dell'esclusione della partecipazione alla loro formazione, con conseguente impossibilità, in sede attuativa, di aprirsi alla conoscenza della vera realtà degli interessi e al confronto con la stessa.

Per dirla in altri termini, se le norme sulla partecipazione (ma anche quelle sull'obbligo di motivazione e sul responsabile del procedimento) intendono garantire esigenze sostanziali, la norma contenuta nell'art. 13 deve essere letta non nel senso di vanificare le predette esigenze ma in modo compatibile con le stesse.

Ché altrimenti la l. 241 apparirebbe — per il fatto di aver vanificato, con una norma d'eccezione, i principi sostanziali da essa stessa affermati — come un groviglio di insanabili contraddizioni e di ingiustizie e pertanto come

<sup>38</sup> Sulla decisione collegata alla valutazione adeguata e completa di un interesse meritevole di considerazione; v. IANNOTTA, *Motivi di ricorso...*, cit., p. 263 e ss.

normativa assurda, ancor prima che incostituzionale, tesa a legittimare l'insindacabilità delle vere decisioni (quelle appunto adottate in sede di atti formalmente non provvedimentali) e con essa la dominanza assoluta della dimensione « politica » su quella amministrativa, che l'evoluzione del sistema (e, all'interno di questa, l'elaborazione giurisprudenziale) mostra invece di voler superare<sup>39</sup>.

L'interpretazione dell'art. 13, compatibile con i caratteri sostanziali delle altre norme della l. 241 ed in particolare di quelle contenute nel capo III, non porta peraltro alla individuazione di un unico modulo di azione amministrativa ma, ferma restando l'impossibilità di precludere il confronto con la realtà degli interessi, lascia aperto il campo ad una pluralità di soluzioni e quindi ad ampi margini di scelta per le Amministrazioni in generale e per quelle locali in particolare, attraverso l'esercizio delle potestà statutaria e regolamentare di cui esse sono titolari in virtù dell'espressa attribuzione fatta dalla l. 142.

C1) Esaminando il problema da ultimo accennato nell'ottica più strettamente locale, va ricordato che la l. 142, all'art. 6, nel demandare alla potestà statutaria la previsione di forme di partecipazione degli interessati ai procedimenti, non distingue in rapporto al tipo di atti in cui è destinato a sfociare il procedimento.

L'art. 1, co. 3° della l. 142, inoltre, sancisce che le deroghe ai principi della legge sulle autonomie locali possono essere introdotte solo con modificazione espressa delle sue previsioni.

Orbene, tenendo conto che nella l. 241 non è contenuta alcuna modifica espressa dell'art. 6 della l. 142 e quindi del « principio » della partecipazione degli « interessati » a tutti i procedimenti, sfociati in qualsiasi tipo di

<sup>39</sup> Cfr. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato...*, cit., p. 152 e ss.

atto, si può sostenere che l'art. 13 della l. 241 (letto alla luce del canone ermeneutico di cui agli artt. 1 e 3 l. 142)<sup>40</sup> non ha eliminato la potestà normativa degli enti locali in merito alla partecipazione degli interessati alla formazione degli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione.

A sostegno di questa interpretazione, si potrebbe invocare anche il dato letterale dell'art. 13, co. 1° l. 241 secondo il quale per gli atti ivi indicati restano ferme «le particolari norme che ne regolano la formazione»: e tra queste norme (non limitate a quelle contenute in leggi) potrebbero appunto essere ricomprese quelle introdotte dagli statuti degli enti locali.

Il disposto dell'art. 13 l. 241 opererebbe pertanto solo per l'ipotesi in cui gli enti locali non disciplinassero autonomamente la partecipazione alla formazione degli atti in questione.

Sulla base di questi presupposti, si vanno pertanto qui di seguito ad indicare le possibili soluzioni di massima del problema in esame, delle quali gli enti locali dovranno comunque avere consapevolezza, anche se decidessero di non esercitare la propria potestà normativa, derivando da esse implicazioni notevoli sul piano organizzatorio.

I) Innanzitutto vanno individuate le soluzioni compatibili con la ratio della l. 241, quali scaturenti dall'interpretazione dell'art. 13 della stessa legge coerente con le sue esigenze fondamentali.

L'esigenza che i procedimenti, destinati a sfociare in provvedimenti attuativi di piani, programmi, atti amministrativi generali ed atti normativi non possano costitui-

<sup>40</sup> SCIULLO, *op. cit.*, p. 2208 e ss. V. *Circolare Gava* sulla l. 142 che al Capo 3 rileva che le disposizioni della legge sulle autonomie sono in perfetta sintonia col disegno di legge sul procedimento (che sarebbe poi diventato l. 241/90).

re mera esecuzione di decisioni preve (adottate senza prendere in considerazione gli interessi sui quali si viene ad incidere) e debbano invece aprirsi alla conoscenza e alla valutazione di interessi sostanziali, non prefigurati (o almeno non compiutamente prefigurati) impone di leggere l'art. 13 nel senso di aver attribuito alle «decisioni» assunte attraverso gli atti ivi indicati un carattere di tendenziale non definitività o, per dirla in altri termini, di instabilità o, meglio, di «elasticità». Elasticità che consente di valutare gli interessi emersi nei procedimenti attuativi, con conseguente apertura al riesame delle precedenti determinazioni, con possibili esiti modificativi delle prescrizioni più strettamente provvedimentali (ciò vale prevalentemente per i piani, i programmi e gli atti amministrativi generali) ovvero «derogatorie», attraverso la definizione di norme del caso concreto (ciò vale prevalentemente per gli atti normativi)<sup>41</sup>.

In questo senso del resto si era già orientata la giurisprudenza del Consiglio di Stato attraverso alcune fondamentali decisioni dell'Adunanza Plenaria. Ci si riferisce in particolare alla sentenza che ha annullato un provvedimento di occupazione, per mancata considerazione di fat-

<sup>41</sup> La Corte Costituzionale ha in più occasioni affermato l'inapplicabilità indifferenziata di norme aventi portata generale. È il caso del principio «*ignorantia legis non excusat*», la cui operatività è stata esclusa in presenza di situazioni di ignoranza incolpevole (C. Cost. n. 364 del 24.3.1988). È il caso della qualificazione pubblicistica delle istituzioni di assistenza e beneficenza (art. 1 l. del 1890) che la Corte ha superato ammettendo l'accertamento, caso per caso, della vera natura dell'Istituzione (C. Cost. 17.4.1988 n. 396). Anche il Consiglio di Stato ha ammesso deroghe a norme di carattere generale: cfr. C.d.S., IV, n. 461 del 28.6.1987 che ha escluso l'operatività degli indici limitativi di edificabilità posti dall'art. 4, u.c.l. n. 10/77 (e ritenuti normalmente applicabili alle zone ricomprese nel piano regolatore, non disciplinate per scadenza dei vincoli) in presenza di un progetto di variante, redatto da un privato contemperando il proprio interesse con quelli pubblici, e cioè in presenza di una situazione meritevole di considerazione.

ti rilevanti, determinando un effetto di riesame della deliberazione di approvazione del progetto e delle previsioni del piano regolatore generale su cui l'iniziativa si fondava<sup>42</sup>.

Ma elementi di estremo interesse circa l'elasticità del P.R.G. si rinvengono anche nella sentenza che ha riconosciuto al privato, che abbia ottenuto l'annullamento di un diniego di concessione edilizia, il diritto ad ottenere la presa in considerazione della sua posizione ai fini di una possibile variante al piano regolatore sopravvenuto<sup>43</sup>.

Portando sul piano procedimentale le conclusioni della giurisprudenziale, ne deriva la possibilità che, in presenza di atti pianificatori, amministrativi generali, ecc., compiutamente definiti, i procedimenti attuativi si concludano non già con un atto di esecuzione, bensì con un atto di rinvio all'organo che ha adottato l'atto da attuare, ai fini del riesame delle decisioni a suo tempo assunte senza il confronto con gli interessi.

Inoltre intorno al piano regolatore — e sempre guardando alla giurisprudenza e applicando la l. 241 — si può ipotizzare l'apertura di procedimenti tendenti al riesame delle scelte di piano. Si pensi ai titolari di quelle posizioni consolidate — alle quali si è accennato a proposito del diritto alle informazioni — di cui la giurisprudenza impone al pianificatore di tener conto direttamente, annullando l'atto che abbia omissa tale doverosa ed esplicita valutazione<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6/86.

<sup>43</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1 dell'8.1.1986.

<sup>44</sup> Cons. Stato, IV, 19.3.1988 n. 245. La legge sul procedimento non ha — significativamente — escluso dall'obbligo di motivazione gli atti pianificatori, per i quali quindi continuano a valere (né avrebbe potuto essere diversamente) i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di obbligatoria motivazione circa il sacrificio imposto alle posizioni consolidate, che vanno valutate direttamente e quindi previamente conosciute. Agli enti locali pertanto (portando sul piano procedimentale i principi giurisprudenziali) non potrà es-

Orbene, l'apertura del procedimento di valutazione, finalizzato al riesame del P.R.G. garantirebbe non solo l'interesse privato (nei limiti della valutazione), ma anche l'interesse pubblico alla conservazione del piano, qualora la valutazione dovesse portare alla conferma dell'atto originario; ovvero il diverso interesse pubblico ad una diversa destinazione, conforme alle richieste del privato, qualora la valutazione dovesse portare alla modifica del piano.

In quest'ottica, quanto più compiute e definite dovessero essere le scelte effettuate in sede di atti pianificatori, programmatori, normativi, amministrativi generali, senza la partecipazione degli interessi e comunque senza la diretta valutazione delle posizioni giuridicamente rilevanti, tanto più il loro contenuto sarebbe esposto alla variabilità, in ragione della emersione di situazioni giuridicamente rilevanti, pregiudicate dalle decisioni dell'Amministrazione.

Gli enti locali, che decidessero di attenersi al disposto dell'art. 13 della l. 241, non potrebbero pertanto fare a meno di acquisire consapevolezza di questa evenienza e dei rischi di veder compromesse le decisioni assunte attraverso il concorso di tutte le forze politiche e sociali, quali appaiono quelle relative agli atti in esame, che la l. 142 all'art. 32 demanda, inderogabilmente, ai Consigli Comunali.

Con questa consapevolezza, gli enti locali, anche a non voler disciplinare la partecipazione alla formazione degli atti fondamentali (così li definisce il citato art. 32 della l. 142), non potrebbero fare a meno, in sede regolamentare, di individuare i responsabili dei procedimenti di

sere disconosciuto il potere di prevedere la «partecipazione» diretta, dei titolari di siffatte situazioni, alla formazione del piano regolatore, anche in una lettura restrittiva dell'art. 13 l. 241.

riesame, da aprire su istanza di parte, ma anche d'ufficio anche a seguito della notifica di ricorsi, dai quali possano derivare effetti di riesame degli atti fondamentali. Salvo a voler scegliere, in sede di azione, di non caricare questi atti di contenuti provvedimentali, lasciandone la concretizzazione e la specificazione al momento attuativo (rimesso alle Giunte - art. 35 l. 142) non meramente esecutivo, ma decisionale e in quanto tale aperto alla considerazione e alla valutazione degli interessi<sup>45</sup>.

L'effetto del possibile riesame, in questa ultima ipotesi, pur fortemente ridotto, non sarebbe peraltro eliminato, attesa la possibilità che emergano, in sede di concretizzazione delle decisioni fondamentali, interessi tali da incidere su queste.

II) Ma se queste sono le possibili conseguenze della mancata partecipazione degli interessati alla formazione degli atti fondamentali degli enti locali (conseguenze alle quali si aggiungono quelle connesse alla accentuazione della tutela formale, quando manchi quella sostanziale, con rischi di annullamento per motivi formali degli atti fondamentali da parte del giudice amministrativo<sup>46</sup>) la previsione di forme di partecipazione (degli interessati) anche rispetto agli atti indicati dall'art. 13 l. 241 sembra

<sup>45</sup> Per la necessaria ponderazione degli interessi si esprime COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo (Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania)*, Napoli, 1987.

<sup>46</sup> Il Consiglio di Stato, in tempi abbastanza recenti, ha annullato il piano regolatore di Pescara accogliendo un ricorso nel quale era sottolineata l'ingiustizia sostanziale delle determinazioni comunali, che avevano sacrificato gravemente tutti i beni dei ricorrenti. La sentenza ha accolto però solo un motivo formale, travolgendo in tal modo tutto il piano, ritenendo presumibilmente di non poter sanzionare in altro modo il comportamento dell'Amministrazione. La «partecipazione» (e la tutela sostanziale che ne sarebbe derivata: procedimentale e processuale) avrebbe evitato tali effetti travolgenti, salvaguardando le esigenze di garanzia.

imporsi, nell'esercizio di quei poteri normativi di cui appaiono titolari gli enti locali.

In particolare gli enti locali potrebbero prevedere, nello Statuto, l'istruttoria pubblica — facendo dei Consigli i diretti destinatari della partecipazione — e con essa, nella maniera più estesa possibile, l'intervento di soggetti, l'emersione di fatti ed interessi, l'incontro e lo scontro di soggetti pubblici e privati.

Un tale modello, soprattutto se l'istruttoria pubblica inizi ancor prima che l'Amministrazione elabori una propria ipotesi di atto finale, facendo scaturire la decisione della previa acquisizione di tutti i possibili interessi, sembra peraltro attagliarsi ai Comuni di piccole dimensioni. A questo modello partecipativo sembra corrispondere sul piano organizzativo, un potenziamento del ruolo del Sindaco, rispetto al quale la Giunta verrebbe a svolgere una funzione di mero supporto<sup>47</sup>. Ed invero, realizzandosi — attraverso gli atti fondamentali e quindi attraverso il Consiglio — uno stretto e consapevole collegamento con la realtà, le fasi successive verrebbero ad assumere caratteri più spiccatamente esecutivi, rispetto a decisioni assunte nel rispetto dei principi di efficienza e di garanzia, con minime possibilità di emersione di interessi non ponderati e meritevoli di considerazione e tali da portare a un riesame delle scelte previe.

Nei Comuni più vasti e comunque in quelli che non appaiono in grado di «autogestirsi», il modello di partecipazione potrebbe invece essere diverso<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> In tal senso, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Relazione al convegno «L'autonomia statutaria delle Comunità locali»*, Caltagirone, 9 e 10 marzo 1991.

<sup>48</sup> Anche nei Comuni di maggiori dimensioni potrebbe essere assicurata una partecipazione più intensa ed immediata collegandola al decentramento, attuato in una dimensione non solo burocratica (v. art. 13 l. 142). Lo stesso discorso vale per le Province, in rapporto alla possibilità di articolare il loro territorio in circondari (art. 16 l. 142).

In particolare, la partecipazione degli interessati dovrebbe collocarsi in un momento successivo e cioè dopo che l'Amministrazione abbia almeno individuato le linee fondamentali dell'atto da adottare. Su questa ipotesi di atto sembra che possa confluire la partecipazione che, per quanto attiene agli interessati, potrebbe assumere la forma delle istanze, delle petizioni e delle proposte che l'art. 6, co. 3° della legge 142 inserisce tra gli istituti di partecipazione, consentendone la presentazione a cittadini singoli ed associati, con garanzia del loro tempestivo esame.

Ed invero, in assenza di limitazioni legislative, contenute nell'art. 6 co. 3° e tenendo conto della potestà normativa riconosciuta agli enti locali in tema di partecipazione senza limitazioni quanto al tipo di procedimento (art. 6, co. 2°), nulla vieta che tali strumenti possano inserirsi nei procedimenti sfocianti negli atti di cui all'art. 13 l. 241, che la legge 142 rimette alla competenza dei Consigli.

Per la presa in considerazione di tali istanze, petizioni e proposte dovrebbe essere richiesto che esse si riferiscano alla miglior cura degli interessi collettivi (intesi come interessi che peraltro non annullano quelli individuali<sup>49</sup>), in coerenza con l'art. 6 legge 142; che siano pertinenti con l'oggetto del procedimento, quale delineato dall'amministrazione; e che tengano conto degli interessi altrui e di quelli dell'Amministrazione, in coerenza con i principi e le norme della legge 241.

Di conseguenza, gli statuti potrebbero prevedere l'obbligo di valutazione delle istanze, petizioni e proposte

<sup>49</sup> Cfr. IANNOTTA, *Motivi...*, cit., p. 211 e ss., dove vengono individuati i caratteri delle osservazioni al P.R.G. meritevoli di considerazione: conformazione del proprio interesse, tenendo conto degli altri interessi in gioco (ed in particolare della disciplina «proposta» dal Comune) e funzionalizzazione dell'iniziativa alla soddisfazione di interessi di rilievo pubblico, oltre che di quello privato.

relative a procedimenti sfociati in piani, programmi e atti generali (il discorso è diverso, anche se non radicalmente, per gli atti normativi) presentati da singoli e da formazioni sociali, privilegiando eventualmente le seconde, in quanto espressione di un punto di vista «collettivo».

Particolare incidenza potrebbe essere poi attribuita alle proposte che si caratterizzano per concretezza e fattibilità e che sgravino l'Amministrazione dagli oneri finanziari.

Le proposte di soggetti estranei all'Amministrazione, che si assumano la responsabilità, anche economica, di portarle avanti, risponderebbero, contemporaneamente, all'esigenza di contenimento della spesa pubblica e a quella di effettiva esecuzione delle decisioni: esigenze entrambe particolarmente pressanti nell'attuale momento storico-istituzionale<sup>50</sup>.

In quest'ambito partecipativo, risulterebbe inoltre giustificata la previsione relativa alla possibilità di concludere accordi con gli interessati, in accoglimento di proposte, al fine di accrescere la certezza della loro realizzazione: potendo, anche per l'istituto dell'accordo, escludersi l'operatività del limite posto dall'art. 13 l. 241<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Quanto all'esigenza di contenimento del deficit pubblico v. il recentissimo intervento del Fondo Monetario Internazionale nel rapporto semestrale sull'economia mondiale (World economic outlook) — riportato dalla stampa del 9.4.1991 — in cui viene segnalata la grave situazione italiana; e l'intervento alla conferenza intergovernativa sull'Unione economica e monetaria del Ministro del Tesoro Carli che ha confermato l'impegno dell'Italia ad intraprendere la linea del rigore per il risanamento della finanza pubblica.

<sup>51</sup> Tra i motivi del ripensamento circa l'esclusione dei piani, programmi, ecc., dalle norme sulla partecipazione, NIGRO (*Il procedimento amministrativo...*, cit., pp. 23-24) inseriva proprio la soppressione, dal disegno di legge sul procedimento, della norma che prevedeva la possibilità di concludere accordi in sostituzione del provvedimento (soppressione confermata dalla l. 241 che consente gli accordi sostitutivi solo quando le leggi lo prevedono espressamente). Secondo il compianto Maestro, tale restrizione avrebbe impedito la conclusione di accordi «sostitutivi» delle previsioni di piano. Ma,

È evidente che queste forme di partecipazione potrebbero essere previste anche nel caso in cui l'ente locale preveda l'istruttoria pubblica, potendo le due forme coesistere, rispondendo ad esigenze almeno in parte differenti.

È appena il caso di aggiungere, prima di concludere, che le decisioni assunte con l'accordo di privati non vanificherebbero la tutela dei terzi, essendo questi legittimati ad impugnarle in base ai principi generali e alla norma contenuta nell'art. 11 co. 5°, l. 241 sulla giurisdizione esclusiva in tema di accordi.

6. La partecipazione attraverso istanze, petizioni e proposte potrebbe essere inoltre utilizzata anche in rapporto ad altre finalità, di estrema importanza nella vita delle Amministrazioni (locali) moderne, quali appaiono quelle della costante rispondenza dell'interesse pubblico alle trasformazioni della realtà e del controllo sull'attività amministrativa svolta in forme privatistiche, che, in concomitanza con la sempre più accentuata attuazione dell'ordinamento europeo, appare destinata a svilupparsi costantemente<sup>52</sup>.

A) Per quanto attiene alla prima esigenza, va sottolineato che la necessità di ricostruire l'interesse pubblico a

come si evidenzia nel testo, tale «limite» appare superabile inserendo l'accordo nel procedimento scaturente dalle proposte dei privati, sulle quali l'Amministrazione è chiamata a «decidere»; accordo che dovrà essere trasfuso nel piano, nel rispetto della «regola» posta dall'art. 11, co. 1°, l. 241.

<sup>52</sup> Il principio della libera circolazione dei servizi e dei capitali e il connesso principio di libertà di concorrenza (artt. 48 e ss. 85 e ss. Trattato CEE) coinvolge anche i settori imprenditoriali in mano pubblica e lascia prevedere un processo di progressiva «privatizzazione» ancorché controllata.

Cfr. AA.VV., *Privatizzazione dei servizi pubblici*, (pubblicazione dell'Università di Bologna - Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienze dell'Amministrazione), Bologna, 1990.

seguito del confronto con la realtà degli interessi umani, rappresentati dai loro titolari (necessità consacrata nella legge 241) non si esaurisce nel momento in cui viene adottato il provvedimento o raggiunto l'accordo; e ciò vale soprattutto negli atti che diano vita ai rapporti c.d. di durata<sup>53</sup>.

In una fase di profonde trasformazioni l'assetto degli interessi definito in un dato momento è esposto ad adattamenti, modifiche e (più raramente) a sovertimenti, dovuti alla emersione di nuovi fatti, atti e circostanze rilevanti.

Ciò è testimoniato dalla stessa legge sul procedimento che, all'art. 11, co. 4°, consente il recesso dell'Amministrazione dall'accordo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

È in questi motivi di pubblico interesse, soprattutto all'interno dell'Amministrazione locale, attesa la sua vicinanza ai cittadini, ben possono essere ricompresi gli interessi privati che presentino una rilevanza sociale: ed ancor più quando essi mirino, non già a sovvertire quanto definito (con l'accordo e/o con il provvedimento), ma ad apportare le modifiche e gli adattamenti compatibili con l'interesse pubblico (e con l'interesse generale alla certezza dei rapporti giuridici) che rispondano ad esigenze di giustizia.

Anche per le istanze, petizioni e proposte finalizzate al riesame<sup>54</sup> di precedenti provvedimenti e/o accordi, dallo statuto potrebbero essere richiesti i requisiti individuati dalla legge sul procedimento: e cioè quelli della rilevanza della situazione prospettata, del pregiudizio e della

<sup>53</sup> NIGRO, *Ma che cos'è...*, cit., p. 474 e ss.

<sup>54</sup> L'importante problematica del riesame è stata di recente affrontata da CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca (Gli interessi sopravvenuti al procedimento)*, Napoli, 1990.

pertinenza della richiesta, escludendo le domande volte a conseguire la soddisfazione indiscriminata dei propri interessi ovvero a privare totalmente il terzo di quanto attribuitogli con l'accordo e/o col provvedimento.

Questo meccanismo potrebbe essere previsto anche per tutti gli atti che (come ad esempio gli accordi tra Amministrazioni) postulino una partecipazione attenuata degli interessati, a tutela delle situazioni che, per ragioni varie, non siano state conosciute o vagliate.

Ciò postula l'inserimento in tutti gli atti di una clausola di salvezza non già dei « diritti » dei terzi (e cioè delle pretese assolute e incondizionate) bensì degli interessi dei terzi meritevoli di considerazione in ossequio al principio « solidaristico » che — come si è visto — permea l'intero ordinamento e la realtà locale in modo particolare.

B) Quanto alla tendenza alla privatizzazione dell'azione amministrativa, va innanzitutto ribadito che essa si collega all'enorme sviluppo dell'organizzazione pubblica e quindi alla sua totale coincidenza con la realtà sociale, con limitazione del tradizionale mondo dell'autonomia privata, sottoposto sempre più a « regole »<sup>55</sup> e con « contrattualizzazione » del tradizionale mondo dell'autorità; con la necessità, per i privati, di operare in stretto contatto con l'Amministrazione e per l'Amministrazione di avvalersi dei privati, per far fronte agli enormi compiti che le incombono.

A queste esigenze corrisponde l'art. 22 della legge sulle autonomie, che prevede la possibilità che i servizi pubblici siano gestiti anche attraverso concessioni a terzi

<sup>55</sup> BERTI, *Prefazione*, cit. Regole volte ad impedire l'abuso dei poteri privati (con sottoposizione degli stessi al rispetto dei principi di imparzialità, eguaglianza, libertà, solidarietà) si hanno nella importante legge 10.10.1990 n. 287 citata alla nota (2). V. anche la legge 10.4.1991 n. 125 sulle c.d. pari opportunità uomo-donna.

o a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico.

Del resto se si vuole che la finanza pubblica non costituisca un limite all'azione dei pubblici poteri, appare indispensabile un coinvolgimento diretto dei privati, con assunzione degli oneri finanziari delle iniziative (come si è già ipotizzato esaminando la partecipazione ai piani e ai programmi) dando vita ad atti non più riconducibili a canoni tradizionali<sup>56</sup> (ad esempio concedendo la gestione di un'opera e/o di un servizio in cambio della realizzazione di una diversa opera, irrealizzabile in altri modi, con le risorse disponibili).

La « privatizzazione », imposta dalla evoluzione sociale non può peraltro far venir meno l'esigenza di partecipazione e di costante confronto con la realtà, consacrata, si ripete, nella legge 241: esigenza questa che va realizzata tenendo conto da un lato della (almeno attuale) inidoneità del soggetto privato a ponderare e comparare interessi<sup>57</sup>; dall'altro della necessità di non ostacolare, attraverso la partecipazione, l'efficacia dell'azione ammini-

<sup>56</sup> BERTI, *Caratteri dell'Amministrazione locale*, Padova, 1966, p. 214, il quale rilevava che « non sembra porsi, rispetto alle amministrazioni locali, la separazione profonda ... tra l'attività a mezzo di provvedimento e l'attività di diritto privato. Alla radice, sembra vanificarsi la stessa distinzione tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato: in realtà, perdendo di colore (nel verso dell'imperatività) l'attività pubblica, è la parte privata dell'attività che tende invece a colorarsi più decisamente in senso pubblicistico, con la risultanza finale di un tipo di pubblicità che vorremo dire medio ».

<sup>57</sup> In connessione con l'introduzione di regole di azione in grado di incidere sull'organizzazione aziendale (l. n. 287/90, legge sulle pari opportunità; principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro privato) si può ipotizzare che, col tempo, anche il soggetto privato possa acquistare la « sensibilità » pubblicistica. Cfr. IANNOTTA, *Scienza dell'Amministrazione tra pubblico e privato*, relazione al Convegno *La scienza dell'Amministrazione: possibilità e sbocchi di una didattica*, Campobasso, 1.3.1991.

strativa svolta in forma privastistica: forma prescelta anche in funzione della sua maggior efficacia<sup>58</sup>.

Ancora una volta, il contemperamento sembra possa essere assicurato dal collegamento tra le istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli e associati rivolte all'Amministrazione e una clausola di «salvezza» inserita nel provvedimento o nel «contratto» di affidamento al soggetto privato, con vincolo a tener conto delle richieste dei privati filtrate dall'Amministrazione, adottando le iniziative conseguenziali, ovvero anche a trattare eventuali modifiche dei patti contrattuali, conseguenti ai fatti rappresentati. Fatti costituiti appunto dalla rappresentazione di interessi meritevoli di considerazioni e pretermessi o non completamente ed adeguatamente ponderati e dalle osservazioni e proposte formulate dai loro titolari per la miglior cura dell'interesse pubblico gestito in forma privatistica.

La valutazione favorevole dell'Amministrazione sulla richiesta dei cittadini, imporrebbe alle parti (e cioè alla stessa Amministrazione e al soggetto privato)<sup>59</sup> di contrattare le nuove condizioni, secondo canoni di correttezza e buona fede, per adeguare il servizio all'esigenza, di rilievo anche pubblico, rappresentata dai cittadini singoli e associati e accolte dall'Amministrazione.

Gli elementi della flessibilità del contratto e del connesso obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali non costituiscono una novità nel nostro ordinamento<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> CAMELLI, *Le società a partecipazione pubblica (comuni, province e regioni)*, Rimini, 1989, p. 17 e ss.

<sup>59</sup> V. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche*, in E.d.D. vol. XXIX.

<sup>60</sup> Rinegoziazione che peraltro potrebbe anche non condurre alla conclusione del nuovo accordo, comportando lo scioglimento di quello originario, con una disgiunzione tra obbligo di contrattare e obbligo di contrarre. Fenomeno anche questo non nuovo nel nostro ordinamento (si pensi all'obbligo di

In particolare la flessibilità — l'elasticità — dei moduli d'azione si collega alla necessità di lasciare spazio all'emersione di fatti e circostanze rilevanti per la cura dell'interesse pubblico e finisce per costituire un'esigenza fondamentale del sistema, soprattutto nell'attuale fase storico-istituzionale, contraddistinta dalla impossibilità di prefigurare compiutamente la realtà nella sua totalità, in ragione della sua dinamicità e mutevolezza.

Ne derivava la necessità che gli assetti di interessi, consacrati in atti unilaterali, in accordi, in contratti, lascino spazio alla ponderazione dei fatti rilevanti non considerati, senza che tale evenienza debba necessariamente portare alla totale caducazione dell'atto, apparendo sufficiente, il più delle volte, una sua semplice modifica o integrazione.

Significativi esempi di queste esigenze si rinvencono nei contratti di programma stipulati tra il Ministro per il Mezzogiorno e i gruppi industriali, all'interno del programma di sviluppo del Mezzogiorno (l. 64/86)<sup>61</sup>.

Tali contratti hanno portato per così dire al loro interno la clausola *rebus sic statibus*, esponendo il contratto, destinato a durare nel tempo, alle modifiche conseguenti alle variazioni dell'interesse pubblico e dell'interes-

«contrattare» e non di contrarre con le organizzazioni sindacali: Pretura Milano, 10.2.1987 e 11.2.1987) che dovrebbe accentuarsi con la diffusione del controllo sugli abusi di posizione dominante e del principio di parità in diritto privato. Si pensi ad una banca privata tenuta ad erogare contributi in presenza di una pluralità di domande a fronte di risorse limitate: a tutti i richiedenti devono essere date pari opportunità, ma non a tutti dovrà essere erogato il contributo (l. 27.2.1985 n. 49).

<sup>61</sup> V. Contratto di programma Ministero Interventi Straordinari nel Mezzogiorno - Gruppo FIAT approvato dal CIPI con deliberazione 28.5.1987. Il contratto di programma è stato individuato tra i possibili moduli di azione dalla delib. CIPE 29.12.1986 di approvazione del primo piano annuale di attuazione del Programma Triennale di sviluppo 1987/89 ex l. 64/86.

se imprenditoriale e non già alla risoluzione per l'impossibilità di realizzare l'originaria pattuizione: risoluzione che appare strumento collegato alla definitività e rigidità delle previsioni contrattuali.

È evidente la necessità che gli enti locali richiedano, per le istanze, petizioni e proposte che possano comportare modifiche contrattuali, requisiti particolarmente rigorosi, accentuando i caratteri che si sono visti essere propri delle richieste finalizzate alla definizione del contenuto degli atti di cui all'art. 13 l. 241 o al riesame di precedenti provvedimenti<sup>62</sup>.

Questi meccanismi conseguenti alla partecipazione (valutazione degli interessi da parte dell'Amministrazione e obbligo di tenerne conto, da parte del privato, in virtù di clausole contrattuali) dovrebbero essere estesi anche alle ipotesi di progettazione affidate a Società di ingegneria<sup>63</sup>, prevedendone il possibile intervento non già a progettazione realizzata bensì nel corso dell'espletamento dell'incarico, per evitare che la scelta progettuale — retta da una logica imprenditoriale e tutt'al più limitata da criteri di massima — costituisca « fuga » dell'Amministrazione nell'area dell'insindacabile, con compromissione di interessi che, a cose fatte (a progetto concluso), difficilmente potrebbero trovare ingresso (con vanificazione dell'esigenza di imparzialità) ovvero che, trovando spazio, potrebbero compromettere o rendere inattuabili soluzioni, frutto di lunghi, complessi e costosi studi<sup>64</sup>.

È appena il caso di aggiungere che nessun ostacolo si

<sup>62</sup> V. *retro* lett. A di questo paragrafo.

<sup>63</sup> P. SANTORO, *La pubblica Amministrazione nei rapporti con le Società di Ingegneria: l'altra faccia del problema*, in *Foro Amm.*, 1991, sez. II, p. 1649 e ss.

<sup>64</sup> Sul controllo dell'attività del concessionario-soggetto privato, nel campo delle concessioni di opere pubbliche, v. AZZARITI, *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, *Dir. Proc. Amm.*, 1990, p. 384 e ss.

rinviene, né nella legge sul procedimento né nella legge sulle autonomie locali, in merito all'introduzione di queste forme di partecipazione.

Innanzitutto la l. 241, al di là degli atti individuati dall'art. 13, non esclude alcun tipo di procedimento dalla sua sfera di applicazione, ricomprendendovi anche quelli riconducibili alla categoria dei procedimenti di secondo grado<sup>65</sup>.

In secondo luogo, l'art. 6 della legge 142 considera come doveroso l'esame delle istanze, petizioni e proposte, con l'unico limite della finalizzazione alla miglior cura di interessi collettivi. Orbene tali richieste appaiono riconducibili al novero di quelle, cui l'art. 2, co. 1° della legge 241 collega l'obbligo di svolgere il procedimento e di concluderlo con un provvedimento espresso e motivato (art. 3), finalizzato al raggiungimento di risultati concreti (l'efficacia di cui all'art. 1 della legge 241).

Inoltre la stessa legge 241, in relazione ai servizi pubblici, offre un sostegno estremamente significativo alla previsione della partecipazione anche nei confronti delle attività pubbliche, svolte da soggetti privati, laddove afferma (art. 23) l'operatività del diritto di accesso agli atti anche nei confronti dei concessionari di pubblici servizi. Diritto di accesso che, nella sua ampia estensione (art. 22) e con la sua finalizzazione alla conoscenza della realtà dei servizi, appare strumentale all'intervento dei cittadini, attraverso gli strumenti partecipativi.

Attraverso un'apposita clausola contrattuale (o provvedimentale) potrebbe infine essere garantito il diritto di accesso ai servizi di enti, organizzazioni di volontariato e associazioni, previsto dall'art. 7, u. co. l. 142, per l'ipotesi in cui i servizi siano svolti in forma privatistica.

Le esigenze (giuridiche) fin qui rappresentate potreb-

<sup>65</sup> GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1988, p. 981 e ss.

bero (e dovrebbero) essere tradotte in norme statutarie che sanciscano la necessità che la valutazione di interessi, fatti, circostanze, proposte, osservazioni meritevoli di considerazione venga assicurata anche quando l'attività sia svolta in forme privatistiche e ancorché siano stati adottati provvedimenti o stipulati accordi o contratti, con obbligo per l'amministrazione di prevedere meccanismi di «salvezza» delle situazioni meritevoli di tutela.

B1) Il compito di garantire il controllo sull'attività dell'amministrazione locale, svolta in forme privatistiche, potrebbe essere inoltre assicurato, qualora gli enti locali ne prevedessero l'istituzione, del difensore civico (art. 8 legge 142)<sup>66</sup>.

Questa autorità amministrativa, indipendente rispetto al potere politico, burocratico ed economico<sup>67</sup>, data la sua posizione di terzietà, potrebbe garantire il rispetto delle «regole di partecipazione» quali innanzi individuate, sia nei confronti dell'amministrazione (per l'ipotesi in cui non provveda a dare ingresso agli interessi meritevoli di tutela), sia direttamente nei confronti del soggetto privato, per impedire l'abuso di posizione dominante dei soggetti privati: compito assicurato, a livello nazionale, della nuova figura di Autorità indipendente di recente introdotta dal legislatore<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> In tal senso è l'art. 73, co. 2° dell'*Ipotesi di Statuto per i piccoli comuni*, a cura dell'ANCI, Gorle (Bergamo), 1991. Sul difensore civico v. D. BORGONOVÒ, *La pulce e l'elefante: dieci anni di difensore civico*, in *Le Regioni*, 1986, p. 343 e ss.

<sup>67</sup> v. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1988, p. 549 e ss. cfr. anche MARZONA, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, 1988 sulla CONSOB, quale autorità amministrativa indipendente.

<sup>68</sup> Si tratta dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato prevista dall'art. 10 l. 287/90. La legge ha fatto seguito alla sentenza C. Cost. 15.4.1990 n. 241 nella quale si era riaffermata l'esigenza di sottoporre

C) I meccanismi di controllo e di partecipazione, individuati in questo paragrafo, così come quelli tendenti al «controllo» delle decisioni assunte in sede di atti fondamentali (art. 13 l. 241 e 32 l. 142) sembrano in grado di contemperare le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche<sup>69</sup> di giustizia e di efficienza, realizzando il vecchio ed insopprimibile principio per il quale gli interessi pubblici debbono essere realizzati con il minor sacrificio possibile degli altri interessi coinvolti<sup>70</sup>. E il minor sacrificio

all'art. 3, co. 2° Cost. anche i poteri privati postulando controlli sull'autonomia privata, con lo scopo di evitare discriminazioni arbitrarie. Esigenza che tocca anche ambiti più ristretti di quelli indicati dalla l. n. 241/90 (che all'art. 3 si riferisce al mercato nazionale o a una sua parte rilevante). Per un'applicazione del principio in ambito «ristretto» cfr. Pretura di Bari, ordinanza 30.11.1988 in *Foro It.*, 1989, I, p. 1084 e ss.

<sup>69</sup> v. FLAVIO LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, la cui affermazione «la negazione del diritto soggettivo ... risulta in fondo una negazione della certezza del diritto» (p. 114) potrebbe essere riattualizzata e applicata alla nuova realtà giuridica comune, nella quale campeggiano le esigenze di giustizia, ritenute tradizionalmente tipiche del diritto amministrativo (v. nota 2 di questo lavoro). E ciò nei seguenti termini: «La negazione degli interessi personali meritevoli di tutela ... risulta in fondo una negazione della certezza del diritto, perché la più vera realtà di esso è proprio nell'interesse umano di rilievo giuridico ove la norma diviene concreta attraverso la volontà, che si attua nella pretesa dell'agente, per il quale può veramente dirsi che *omne ius constitutum est*» (p. 114 di Lopez de Oñate).

Troppo preoccupata delle esigenze di certezza appare la Circolare Min. Funzione Pubblica 8.1.1991 n. 60397-7/463 (Procedimento amministrativo — Obbligo di conclusione — art. 2 l. 7.8.1990 n. 241) laddove esclude drasticamente l'obbligo di provvedere su un'istanza preordinata all'annullamento di un atto divenuto inoppugnabile. Nella logica del diritto-dovere di tener conto degli interessi meritevoli di tutela, di cui si parla nel testo, le istanze di presa in considerazione di interessi pretermessi non possono sfuggire all'obbligo di provvedere, soprattutto quando l'effetto della valutazione sia il superamento solo parziale dell'atto inoppugnabile. Ciò che va invece respinta è la «pretesa all'annullamento» quale manifestazione di una concezione individualistica incompatibile col principio di solidarietà.

<sup>70</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1839, p. 15 per il quale «La regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto si è 'far prevalere la cosa pubblica

possibile presuppone che gli altri interessi siano conosciuti, presi in considerazione e valutati in maniera adeguata e completa, senza timore che la loro acquisizione comporti la vanificazione della « decisione » (politica e/o imprenditoriale che sia).

Nella stragrande maggioranza dei casi, si ripete, la valutazione di questi interessi porterà a modifiche solo parziali e limitate della decisione, ovvero anche alla sua integrale conferma, ma con una maggiore consapevolezza.

Ciò implica naturalmente, sulla scorta dei principi enucleati dalla legge sul procedimento, il rifiuto di qualsiasi visione « assoluta » (della logica del tutto o niente) e l'adesione ad una concezione fondata sull'esigenza di tendere alla realizzazione degli interessi, di qualsiasi natura, tenendo conto<sup>71</sup> di quelli degli altri, con la disponibilità a rinunciare a quelle pretese che, per la loro assolutezza, comportino il sacrificio sproporzionato di interessi meritevoli di tutela<sup>72</sup>.

7) La logica della legge sul procedimento, con l'esigenza di « responsabilità » (di tutte le « parti », pubbliche o private) che la caratterizza, dovrebbe essere tenuta presente anche nel disciplinare altri istituti di partecipazione, quale il referendum consultivo di cui all'art. cc. 3° e 4° l. 142.

Si tratta di una forma di partecipazione in cui l'interesse che si intende tutelare si presenta nella sua dimen-

*alla privata entro i limiti della vera necessità' lo che è sinonimo di 'far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà'».*

<sup>71</sup> Sulla « filosofia » del diritto-dovere di tener conto di sé stesso, degli altri, del bene comune, cfr. la cit. *Relazione di IANNOTTA, Scienza dell'Amministrazione tra pubblico e privato.*

<sup>72</sup> Cfr. AA.VV., *Il meritevole di tutela...*, cit.

sione più spiccatamente collettiva e cioè come interesse « comune », alla collettività nel suo insieme, ancor prima che alle persone concrete dei suoi componenti.

La legge 142, nel richiedere che il referendum riguardi materie di esclusiva competenza locale, tende ad assicurare la concretezza dell'iniziativa e ad evitare che il referendum abbia ad oggetto interessi sui quali l'ente locale non possa concretamente incidere<sup>73</sup> (ancorché non necessariamente con pienezza di poteri deliberativi); e, nell'escludere che possa aver luogo in coincidenza con le operazioni di voto<sup>74</sup>, intende privarlo di significati troppo spiccatamente politici.

La possibilità che il referendum consultivo sia previsto dagli statuti anche su richiesta di un adeguato numero di cittadini (art. 6, co. 3°) si collega all'esigenza di impedire che esso sia assoggettato alla volontà della sola autorità locale o comunque a quella della maggioranza rappresentata in consiglio<sup>75</sup>.

Per garantire ulteriormente questa esigenza, gli Statuti potrebbero prevedere il referendum *solo* a richiesta di un certo numero di cittadini costituiti in comitato, rimettendo all'iniziativa dei Consigli solo le altre forme di consultazione, previste dallo stesso art. 6, cc. 3 e 4 l. 142.

Al fine di coinvolgere comunque la responsabilità dei Consigli, si potrebbe prevedere che l'istanza di indizione sia sottoposta al loro vaglio, con obbligo di prenderla in considerazione e di valutarla, pervenendo, di volta in volta, a decisioni di accoglimento o di rigetto della istanza di

<sup>73</sup> v. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali. Commento alla legge 8.6.1990 n. 142*, Rimini, 1990, p. 47 ess.; cfr. Corte Cost., 18.5.1989, n. 250 sui referendum regionali.

<sup>74</sup> In tal senso si era espresso il TAR Lazio, Sez. II, ord. 7.5.1985, n. 337.

<sup>75</sup> v. SALERNO, *Referendum*, in *E.d.D.*, vol. XXXIX, pp. 260-261 note 281-82 e 83.

indizione ovvero, ove possibile, provvedendo in merito al contenuto del referendum.

Gli atti del Consiglio potrebbero essere impugnati dai soggetti che siano stati pregiudicati ed in particolare dal Comitato promotore, nel caso di mancata indizione.

Nel caso in cui referendum sia indetto, potrebbe essere altresì previsto l'obbligo per l'Amministrazione di prenderne formalmente in considerazione gli esiti, provvedendo in merito con atto motivato. Il medesimo obbligo dovrebbe altresì essere previsto in rapporto alle consultazioni.

In tal modo il momento della «consultazione» si accompagnerebbe alla «responsabilità» degli Amministratori, per il fatto di vincolarli a tener conto dell'opinione della collettività locale (o della parte di essa interessata dalla consultazione, nel caso ad es. di referendum di quartiere<sup>76</sup>); e gli istituti di «consultazione» presenterebbero un più spiccato carattere partecipativo, coinvolgendo la «responsabilità» dei cittadini, esercitabile anche attraverso la tutela, in via giurisdizionale, degli interessi eventualmente compromessi dall'operato dell'Amministrazione.

8. A) L'esame degli istituti di partecipazione, condotta ponendo al centro di essi la partecipazione al procedimento ricostruita alla luce della l. 241, ha fatto emergere una figura di cittadino impegnato a costruire, liberamente e responsabilmente, la realtà della comunità nella quale vive ed opera.

Questo «modello» di cittadino appare al tempo stesso come fondamento e fine della collettività locale, sve-

<sup>76</sup> V. Regolamento Comune di Firenze del 23.2.1987 che ha tra l'altro disciplinato i referendum consultivi di quartiere (riportato in SALERNO, *op. cit.* p. 261 nota 283.

lando la viva attualità delle norme fondamentali della nostra Costituzione, il cui significato profondo viene esaltato dalla progressiva attuazione dell'ordinamento europeo<sup>77</sup>.

Nella comunità locale (art. 5 cost.) l'uomo, titolare di diritti inviolabili e gravato dai doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 cost.), eguale nonostante la diversità (art. 3 cost.), perde la sua dimensione di «singolo» (art. 2 cost.) per acquistare quella comunitaria di persona, con il diritto-dovere di sviluppare pienamente la sua personalità e di partecipare, quale uomo attivo (lavoratore: artt. 3 e 4 cost.) all'organizzazione economica, politica e sociale: parte della comunità, eppure autonomo, non più in quanto singolo, ma in quanto singolare, cioè peculiare.

In questa ottica, giuridica e reale, *il fondamento dell'autonomia locale risulta essere, in termini normativi, l'art. 5 della Costituzione*, ma un articolo 5 nel quale si unificano e sintetizzano i valori della libertà, solidarietà ed eguaglianza, nella loro dimensione umana (art. 2 e 3 cost.); e, *in termini reali e giuridici l'uomo, libero, solidale ed eguale (come essere e come dover essere)*<sup>78</sup>.

Queste «norme» possono quindi esprimersi come realtà e come esigenza che i membri della Comunità siano uomini liberi, solidali, eguali, responsabili e attivi, ciascuno con le proprie peculiarità e quindi, con le proprie capacità e con i propri limiti<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. BERTI, *Prefazione...*, cit.

<sup>78</sup> Sull'art. 5 Cost. come fondamento dell'autonomia locale v. PUBUSA, *Sovranità popolare e autonomie locali*, Milano, 1983.

<sup>79</sup> Cfr. Nicola OCCHIOCUPO, *Costituzione e autonomia normativa delle Università*, in *Foro It.*, 1990, V, 251 e ss., che, a proposito del fenomeno autonomistico universitario rileva che «... soggetto fondamento e fine della costituzione è la persona umana, nei diritti, inviolabili, e nei doveri, inderogabili, ad essa consustanziali nel momento storico della sua esistenza, nella sua dimensione materiale e spirituale, individuale e sociale, nella palpitante realtà

Tutto ciò potrebbe e dovrebbe essere tradotto in norma statutaria ed inserito tra i principi e le finalità<sup>80</sup>, specificando che i compiti dell'Amministrazione locale consistono sì nella cura degli interessi della Comunità e nella promozione del suo sviluppo (art. 2 l. 241), ma con lo scopo ultimo di consentire il pieno sviluppo della personalità degli uomini che la compongono, secondo i valori fondamentali innanzi indicati.

La consapevolezza di questo fine, oltre ad accomunare visioni pur potenzialmente divergenti, porta altresì a scoprire l'importanza di cogliere ciò che costituisce l'essenza o la sostanza della società, da conservare e fortificare, anche a costo di dover trascurare l'accidentale finimento<sup>81</sup>.

Scriveva Capograssi, settant'anni or sono, «la vita moderna ha convertito la politica in amministrazione di interessi; l'essenziale è che la politica capisca il suo dovere di convertirsi in quello che è la sostanza stessa del suo concetto, in educazione»<sup>82</sup>.

di una pluralità di gruppi in cui si trova naturalmente o volontariamente, nelle formazioni sociali, per usare il linguaggio del testo costituzionale, in cui essa nasce, cresce, sviluppa la sua personalità in condizioni di libertà, e muore» (p. 253).

<sup>80</sup> L'ipotesi di *Statuto per i piccoli comuni*, cit. propone una sorta di preambolo statutario i cui artt. 1 e 2 sono rispettivamente dedicati a principi fondamentali e finalità.

<sup>81</sup> Sono parole di ROSMINI, *Filosofia della politica*, Milano, 1985, p. 79. Gli Amministratori locali, per cogliere questo aspetto essenziale debbono conoscere profondamente la realtà della comunità, con la quale la l. 142 impone loro di confrontarsi v. ITALIA, *Gli Statuti dei Comuni e delle province*, Milano, 1990, che attribuisce particolare valore all'art. 4, co. 1° l. 142 laddove impone a Comuni e Province di adottare il proprio statuto (p. 8 e ss.) obbligandoli quindi a tener conto delle proprie caratteristiche e delle proprie peculiari esigenze, esprimendole appunto nello Statuto (p. 13). E ciò presuppone «conoscenza» della realtà e confronto con la stessa, senza schemi preivi e categorie preconcrete.

<sup>82</sup> CAPOGRASSI, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi* (Lanciano, Carabba, 1921) ora in *Opere*, 1959, vol. I, p. 394.

Porre l'uomo, nella concretezza della sua esistenza, all'interno della comunità, quale fine della politica locale, significa postulare che tutte le azioni e le iniziative concrete mirino consapevolmente a questo fine, la realizzazione del quale implica appunto educazione alla libertà, alla solidarietà, all'eguaglianza, alla iniziativa e alla responsabilità.

Questa ritrovata funzione educativa della politica (che amministra) consente di riattualizzare il tradizionale modello della *polis greca*<sup>83</sup> contraddistinta appunto dal fine dell'educazione, per conseguire, attraverso un alto livello della vita etica, un elevato grado di quella politica.

E ciò nonostante le profonde differenze esistenti con il modello di ieri, tra l'altro per il più intenso vincolo che oggi lega tutte le città alle altre e alle superiori comunità di cui fanno parte e per la necessità di preservare e conciliare «nella loro ontologica consistenza, la persona ... per un verso; l'ordinamento strutturale della città in cui la persona è inserita ... per l'altro» evitando «le tentazioni e i rischi del totalitarismo, quando il mondo della normatività dovesse affermarsi nell'annichilimento della dimensione individuale o quelli dell'anarchismo, quando questa dovesse svolgersi libera da ogni punto di riferimento obiettivo»<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> ARISTOTELE, *Politica*, Bari, 1972. CLEMENTI-PIRAINO, *L'autonomia statutaria: contenuto e limiti di un dovere*, in *Gli Statuti comunali (Guida per la formazione)*, Gorle (BG), 1990, richiamano l'esperienza dei liberi comuni del Medio Evo e ricordano come «il diritto statutario da diritto complementare e sussidiario del diritto comune, assurge alla posizione di diritto sovrano, facendo diventare a sua volta sussidiario il diritto imperiale (p. 23). In effetti, l'autonomia statutaria oggi appare espressione dell'esigenza di salvaguardare le peculiarità e valorizzare le capacità delle comunità, all'interno di una nuova realtà comune (di un'istituzione) europea che non solo non annulla ma anzi potenzia l'autonomia delle sue parti. In tal senso è la Carta Europea dell'Autonomia locale, la cui convenzione, firmata a Strasburgo il 15.10.1985 è stata ratificata dall'Italia con l. 30.12.1989 n. 439.

<sup>84</sup> LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l'idea di diritto*, Prefazione a HERVADA, *Diritto Costituzionale Canonico*, Milano, 1989, XXXVI.

In questo modo, il fenomeno autonomistico può avviarsi a diventare vero fenomeno costituzionale, in quanto volto a cogliere la struttura profonda della società (quella che la caratterizza, pur nella mutevolezza degli interessi e delle forme di manifestazione), realizzando nel concreto, attraverso la rifondazione della autonomie, la rifondazione delle società nazionali e il consolidamento della istituzione europea.

B) Il fine comune a tutte le collettività ed idoneo a porsi quale *grund norm* statutaria è esposto alle specificazioni collegate ai peculiari caratteri delle varie e diverse realtà locali.

Per far ciò, gli amministratori dovranno riuscire a cogliere (guardando non solo al presente ma anche al passato) i tratti e le qualità fondamentali delle collettività e quindi degli uomini che la compongono, ricostruendo un modello che ne sintetizzi le peculiarità da salvaguardare<sup>85</sup>, riconducibili, di volta in volta, ai valori di razionalità, giustizia, solidarietà attiva, cultura, arte, scienza, spirito di iniziativa, ecc.

In tal modo dovrebbe essere colto il patrimonio comune, al quale far «partecipare» tutti i cittadini, comunicandolo, ove possibile, alle altre collettività.

Sotto altro profilo, sarà necessario cogliere le capacità — a volte solo allo stato potenziale — da valorizzare all'interno della comunità e verso l'esterno<sup>86</sup>.

In questa realtà, fatta di passato, di presente e di futuro e, ancora una volta, sintetizzata nello statuto, va realizzata la funzione educativa della politica tesa ad esaltare, in ultima analisi, il momento della responsabilità,

<sup>85</sup> Cfr. GUARINO, *L'atto unico europeo e la dinamica del processo di integrazione comunitaria*, in *Europa 1992: la libertà e le regole*, a cura dello stesso Guarino, p. 13 e ss.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 14.

sulla cui base sarà possibile erigere l'edificio dell'organizzazione «che dovrebbe essere la sintesi di tutte le prestazioni individuali e nello stesso tempo il fondamento su cui diventa possibile ogni prestazione particolare»<sup>87</sup>.

L'individuazione di questa realtà comune, fine dalla società, della concreta collettività, dovrà ovviamente articolarsi in fini particolari, in interessi concreti, egualmente ricostruiti attraverso il confronto con la realtà<sup>88</sup>, ma attribuendo loro il giusto ruolo di mezzi (o comunque di fini intermedi e quindi strumentali) rispetto al fine primario ed essenziale, costituito, si ripete, dallo sviluppo della personalità degli uomini che compongono la collettività, in coerenza con la realtà di questa.

Anche questa realtà comune verrà a costituire ciò di cui tutti dovranno tener conto all'interno della comunità, con un vincolo reciproco, solo apparentemente limitativo.

L'obbligo di tenerne conto infatti costituirà al tempo stesso diritto della comunità e dei suoi componenti (e quindi libertà) sia nei confronti delle forze interne, che disconoscano la realtà comune; sia nei confronti di forze esterne che vogliano imporre le loro decisioni. A tali forze gli enti locali (soprattutto il Comune, data la sua peculiare posizione di «vicinanza» ai cittadini) e, per esso, sia gli amministratori che i cittadini potranno opporre il loro diritto-dovere di tener conto (per salvaguardarla e svilup-

<sup>87</sup> R. GUARDINI, *La morte di Socrate. Interpretazione dei dialoghi platonici Eutifrone, Apologia, Critone, e Fedone*, Brescia, 1984, p. 11. E l'organizzazione comunale (la moderna *polis*) potrebbe avere in tal modo, come l'antica, propri giudici: non nel senso di magistrati ordinari, ma di persone chiamate, attraverso le «decisioni» circa le sorti di interessi meritevoli, a dare a ciascuno il «suo» (un suo, frutto della sintesi dell'*honeste vivere*, dell'*alterum non laedere* e del *suum cuique tribuere*).

<sup>88</sup> V. il lavoro di PUGLIESE *Autonomia statutaria...*, in questo stesso volume.

parla) dalla propria realtà, nella sua dimensione più profonda ed essenziale, quale consacrata nello Statuto.

Per poter realizzare questi obiettivi, agli amministratori locali, già in sede statutaria, sono richiesti realismo e responsabilità, accompagnati da entusiasmo e inventiva<sup>89</sup>. Qualità tutte imposte dal peculiare momento storico, fatto di principi universali e di realtà concrete, tra loro strettamente uniti.

Scrivendo Salvatore Pugliatti (come è stato di recente ricordato, a proposito di un altro importantissimo fenomeno autonomistico, quello universitario): «È fortunata la generazione che non è condannata alla condizione del giardiniere che ritocca per la millesima volta le aiuole alle quali dedica la sua cura vigile e costante, ma piuttosto ha il privilegio di dover trasformare in giardino una sterpaglia; e così dovrà sconvolgere la terra e duramente lavorare e faticare prima di vedere la propria opera compiuta»<sup>90</sup>.

Per realizzare quest'opera, faticosa ma entusiasmanente per la sua creatività e per la consapevolezza di partecipare ad un processo che trascende i limiti della realtà locale, gli amministratori dovranno rinunciare, progressivamente, ai vecchi moduli fondati sul paternalismo (come sostituzione alla responsabilità dei cittadini) sull'assistenzialismo, sul clientelismo, sulla stretta logica di partito. E dovranno rinunciare anche all'atteggiamento sostanziantesi nel non provvedere, nel serbare un silenzio immotivato e quindi irresponsabile in contrasto con le esigenze di speditezza ed efficacia (art. 1 legge 241) e di trasparenza dell'azione amministrativa (art. 2, 3, 22 e ss. l. 142 e 7 e ss. l. 241). L'intero sistema evolve in questo senso e di ciò

<sup>89</sup> GUARINO, *op. cit.* p. 14.

<sup>90</sup> S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici in Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 174 riportato da OCCHIOCUPO, *op. cit.*, pp. 262-263.

prende atto il legislatore tra l'altro sanzionando, anche penalmente, l'omissione e la mancata assunzione di responsabilità, in presenza di situazioni giuridicamente rilevanti (art. 328 c.p. come sostituto dell'art. 16 legge 86/90) da parte del pubblico ufficiale che si renda colpevole di omessa pronuncia per 30 giorni sulla richiesta dell'interessato (e cioè che non provveda o non spieghi le ragioni per le quali ritarda nel provvedere)<sup>91</sup>. In tal modo si attribuisce rilievo, anche ai fini penali, alla posizione di quell'interessato che — come si è visto — ha diritto di intervenire nel procedimento, di prendere visione degli atti anche interni e di chiedere la valutazione adeguata e completa delle proprie istanze, osservazioni e proposte (qualora pertinenti).

C) La sintesi di tutto quanto fin qui esposto potrebbe essere «giustizia (e quindi ancor prima diritto) nell'Amministrazione locale», con la conciliazione di quegli elementi (la giustizia e l'autogoverno) che poco più di un secolo fa vennero ritenuti incompatibili, per l'accentuazione della logica di «parte» che si riteneva caratterizzasse gli amministratori locali<sup>92</sup>.

Per la concretizzazione di questo obiettivo, gli amministratori non dovranno inventare tutto: buona parte delle regole (come si è visto) è scritta nella giurisprudenza amministrativa che, da sanzione successiva, va ora tradotta in norme volte ad orientare l'azione, prima che si formalizzi in atti, provvedimenti, decisioni, accordi o contratti.

È su queste esigenze fondamentali che si innestano la disciplina della partecipazione e l'organizzazione del go-

<sup>91</sup> V. in proposito Circ. Min. Funzione Pubbl. 4.12.1990 cit.

<sup>92</sup> S. SPAVENTA, *Discorso all'Associazione costituzionale di Bergamo*, del 7.5.1880, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, p. 69.

verno locale: la prima, volta a rendere vive ed operative le norme, attraverso l'azione di quelli che sono, al tempo stesso, base e fine della comunità e cioè gli uomini che la compongono; la seconda, destinata a ricevere (e quindi costruita in modo da poter ricevere) gli apporti della comunità e dei singoli, per la miglior cura degli interessi concreti, dell'interesse generale e del bene comune, costituito primariamente — si ripete — dallo sviluppo della personalità di tutti e di ciascuno, attraverso l'educazione alla responsabilità e quindi alla libertà, alla solidarietà e all'eguaglianza umana<sup>93</sup>.

Spetterà in particolare agli Amministratori riuscire a comprendere se e quali di questi valori manchino nella comunità a loro affidata, dando di conseguenza alla partecipazione una caratterizzazione che, fondandosi sul valore prevalente, miri a sviluppare la qualità carente: ad esempio esaltando il momento comunitario là dove le persone si muovono in una logica individualistica; privilegiando il momento della libertà nelle realtà che considerino centrale il bene collettivo; accentuando la dimensione personale della solidarietà là dove essa sia imputata, in maniera praticamente esclusiva, all'autorità.

<sup>93</sup> NIGRO, *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Foro It.*, V, p. 121.