

INTRODUZIONE.

Il presente lavoro affronta la questione della partecipazione al procedimento amministrativo, con particolare riferimento agli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, ponendo l'attenzione sulla materia ambientale, e concludendosi con la relativa disciplina di tutela processuale.

Il primo capitolo esamina la disciplina cui sono sottoposti tali atti amministrativi, sottolineando come essi siano sottratti alle regole generali sul procedimento dettate dalla legge n. 241 del 1990, e affida alle discipline speciali la soddisfazione dei principi di trasparenza, partecipazione e di responsabilità dell'azione amministrativa. Il principio di partecipazione al procedimento amministrativo, infatti, costituisce un principio generale dell'ordinamento, per consentire agli interessati di rappresentare i loro interessi all'interno dell'attività amministrativa. Viene in rilievo come nei procedimenti generali si manifesti una maggiore necessità di far emergere gli interessi coinvolti, e come la partecipazione all'attività amministrativa, che si conclude con l'adozione di atti generali, risponda ad una ratio diversa da quella del principio partecipativo sancito dalla legge n. 241 del 1990. Accanto alla partecipazione di natura esclusivamente difensiva ed oppositiva si è progressivamente affermato un diverso modello di partecipazione di stampo cooperativo e dialogico.

Il principio partecipativo è intimamente collegato al principio democratico ma, oggi, nel nostro sistema tale modello democratico versa in uno stato di crisi che ha portato ad un allontanamento dei cittadini dalle istituzioni come conseguenza

ad un deficit rappresentativo e di un conseguente sentimento di sfiducia nei confronti delle istituzioni, le quali hanno cercato di colmare tale divario individuando uno spazio sociale in grado di veicolare e indirizzare il lavoro delle istituzioni pubbliche. La soluzione adottata è stata quella di valorizzazione gli strumenti di democrazia partecipativa, alla cui base si trovano, il principio di inclusione per cui “chiunque” o “tutti” possono intervenire nelle procedure amministrative, introducendo un nuovo modello di “procedimento partecipato”, il quale è volto a garantire trasparenza e orientare il processo decisionale pubblico verso soluzioni quanto più possibile condivise con lo scopo di irrobustire la base informativa, incrementare la legittimazione della decisione della Pubblica Amministrazione e prevenire il contenzioso.

La democrazia partecipativa e quella deliberativa si sono sviluppate principalmente nell’ordinamento comunitario e sovranazionale, specialmente in ambito ambientale, ed hanno conseguentemente ispirato la disciplina nazionale. Il diritto dell’ambiente è, perciò, caratterizzato da forme di partecipazione procedimentali più raffinate di quelle contemplate dalla legge sul procedimento.

Nel secondo capitolo si introduce lo strumento di democrazia partecipativa adottato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, il dibattito pubblico. Il capitolo ne esamina la disciplina nazionale, mettendo in evidenza le differenze con il *débat public* francese, preso a modello dal legislatore italiano, e con altri strumenti di democrazia partecipativa introdotti dalla legislazione regionale, che hanno anticipato quella nazionale, la quale è intervenuta solo nel 2016.

Il nuovo Codice dei contratti ha, dunque, adottato lo strumento del dibattito pubblico, per consentire scelte condivise e partecipate, con l’obiettivo di evitare la sindrome NIMBY, e di dare impulso ad una accettazione consapevole, da parte della società civile e scongiurare resistenze da parte delle popolazioni locali alla realizzazione di grandi infrastrutture.

Il dibattito pubblico apre a quegli interessi deboli che spesso rimangono inascoltati dalla partecipazione procedimentale, superando la logica incentrata

sulla tutela del solo interesse legittimo. Strumento aperto alla massima partecipazione, esclude che possano partecipare solo i soggetti tutelati specificatamente in loro situazioni soggettive.

La previsione di una partecipazione generalizzata porta a chiedersi se essa abbia un effetto immediato sulla legittimazione processuale.

Nel terzo capitolo, infatti, si affronta il tema della tutela giurisdizionale applicabile agli atti amministrativi generali a contenuto non normativo e di come il processo amministrativo ponendo al centro la satisfattività della tutela per le situazioni giuridiche soggettive del ricorrente porti ad un inevitabile restringimento dell'accesso al giudizio.

La conseguenza diretta della previsione di una partecipazione generalizzata porta a chiedersi se essa abbia un effetto immediato sulla legittimazione processuale e l'interrogativo assume particolare rilievo relativamente agli interessi diffusi.

Nel procedimento amministrativo, infatti, trovano una sede privilegiata gli interessi diffusi e non essendo consentita, l'azione popolare, salva espressa previsione di legge, il capitolo si pone l'obiettivo di individuare quei soggetti titolari di legittimazione processuale che in conseguenza di una apertura generalizzata alla partecipazione, abbiano preso parte al procedimento, a prescindere dalla sussistenza di un interesse destinato ad essere pregiudicato dal provvedimento perché concretamente interessati a fornire un apporto collaborativo all'azione dei pubblici poteri.

La giurisprudenza ha cercato di rispondere alle istanze sociali, che premono per un ampliamento della cerchia dei titolari di interessi legittimi introducendo un elemento di elasticità, ossia la vicinitas. Nel corso del capitolo si cerca di dar conto delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza nel tentativo di allargare le maglie della legittimazione a ricorrere a quegli interessi che rischiano di rimanere privi di tutela perché non sorretti da quella posizione giuridica sostanziale richiesta per l'accesso al giudice.

CAPITOLO I

“GLI ATTI AMMINISTRATIVI A CONTENUTO GENERALE”

1. L'atto amministrativo generale a contenuto non normativo.

La pubblica amministrazione provvede alla cura ed alla tutela di interessi concreti, affidatele in via generale, anche mediante provvedimenti privi di carattere normativo¹.

Ciò che connota gli atti amministrativi generali è il meccanismo di produzione degli effetti giuridici, questi si configurano come sempre prescrittivi e assumono rilievo nei confronti di serie aperte di soggetti e di condotte. Essi sono contraddistinti dalla generalità, si rivolgono cioè ad una pluralità, indeterminata e indeterminabile a priori di soggetti, che saranno individuati solo in un momento successivo, e ovvero al momento della loro esecuzione. La caratteristica della generalità si rivolge anche al precetto in quanto esso è applicabile a tutto un ordine di fattispecie omogenee².

Questi provvedimenti, pur rivolgendosi ad una generalità di soggetti non individuabili ex ante singolarmente e nonostante riguardino una generalità di fattispecie, soddisfano in concreto specifiche esigenze pubbliche in rapporto a situazioni circoscritte nel tempo o nello spazio o nei presupposti. Il loro scopo

¹ SANTANIELLO G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, 1962, p. 5.

² DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, CEDAM, 2000, pp. 331 ss.

tipico consiste in quello di manovra, di coordinazione o di composizione di interessi pubblici o privati mediante un uso opportuno dei poteri discrezionali³.

La generalità di questi provvedimenti non è soltanto una caratteristica strutturale ma anche la loro ragion d'essere in quanto vincola l'esercizio del potere discrezionale degli organi amministrativi a cui il legislatore ha attribuito la potestà di far sorgere, con propri provvedimenti, situazioni soggettive nei confronti di una serie indeterminata di individui. Questo al fine di impedire che tale potere venga esercitato volta per volta in modo diverso e per assicurare uguaglianza di trattamento a tutti coloro che risultano colpiti o limitati nella loro autonomia privata. Quindi questa caratteristica assume una funzione garantistica, riflettendo il principio di eguaglianza ed imparzialità a cui deve ispirarsi l'attività delle autorità pubbliche⁴. Dalla generalità di tali atti scaturisce la conseguenza che sono soggetti a tutela giurisdizionale differita perché non direttamente lesivi di posizioni giuridiche, per questo motivo dovranno essere impugnati unitamente all'atto applicativo, a meno che l'atto rechi pregiudizi diretti a singoli soggetti⁵.

Per procedere all'analisi degli atti amministrativi generali, non basta la sola descrizione delle caratteristiche che li denotano, ma si rende necessario, ai fini della disciplina applicabile, distinguerli dagli atti affini coi quali tendono a confondersi⁶.

Gli atti generali differiscono dai regolamenti in quanto questi ultimi sono espressione di una potestà amministrativa secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano i caratteri della

³ DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, CEDAM, 2000, pp. 152 ss.

⁴ SANTANIELLO G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, 1962, cit., pp. 83 ss

⁵ DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, CEDAM, 2000, cit., pp. 285 ss.

⁶ DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, CEDAM, 2000.

generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono. Nella terminologia corrente, anche legislativa, in genere i regolamenti sono definiti atti amministrativi generali a contenuto normativo. I caratteri generali dei regolamenti sono: la generalità, intesa come indeterminabilità dei destinatari e, quindi, idoneità di ripetizione nell'applicazione della norma, l'astrattezza, intesa come capacità di regolare una serie indefinita di casi; l'innovatività, intesa come capacità a concorrere a costruire o ad innovare l'ordinamento giuridico, ossia ad immettere nuove norme nel tessuto ordinamentale.

E' appunto tale ultimo requisito che costituisce il fondamentale elemento di differenziazione rispetto agli atti generali definiti atti amministrativi che pur se caratterizzati dalla indeterminabilità dei destinatari, sono sprovvisti però di forza normativa. A tale fondamentale elemento differenziatore delle due figure c'è da aggiungere quello costituito dal fatto che mentre gli atti generali sono caratterizzati dalla determinabilità a posteriori dei destinatari, i regolamenti, invece, sono connotati dalla indeterminabilità anche a posteriori di tali destinatari, che sono, come detto, la generalità dei soggetti cui il regolamento è rivolto.

I regolamenti, pur essendo tenuti all'osservanza delle fonti primarie, *“producono nuovo diritto, introducendo modificazioni o completamenti nel sistema normativo preesistente”*⁷. Gli atti amministrativi generali, in quanto amministrativi, hanno per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, *“che ne costituisce il motivo”*, mentre nel regolamento *“lo scopo non è la cura dell'interesse pubblico: questa potrà essere un'occasione: ma lo scopo è*

⁷ SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro It.*, 1954, Vol.77, No 10 (1954), pp. 219-220.

quello tipico di qualsiasi atto normativo: la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico⁸”.

L'esigenza di una distinzione tra atti amministrativi generali e fonti del diritto non costituisce una questione di carattere meramente definitorio, in quanto la natura di atto amministrativo incide sul regime giuridico applicabile e quindi sulle tecniche di tutela⁹.

“L'attività amministrativa che dà luogo all'adozione di atti amministrativi generali e astratti è sorretta dalla legittimazione fornita dal procedimento¹⁰”.

Deve essere tracciata una linea di confine, anche, tra gli atti amministrativi generali e gli atti normativi. L'atto normativo si caratterizza per la sua generalità, astrattezza ed innovatività, tuttavia si ritiene che queste ultime due caratteristiche non siano necessarie ma solo “naturali” dell'atto normativo. Tali caratteristiche naturali non si ritrovano nell'atto amministrativo generale il quale non può dirsi generale nel senso in cui è inteso per gli atti normativi. Questi sono rivolti ad una categoria indeterminata di soggetti, che rimane tale sia ex ante che ex post. Gli atti generali, infatti, sono generali solo ex ante e solo successivamente alla loro adozione i destinatari diventano determinabili¹¹. Gli atti amministrativi generali differiscono dagli atti normativi anche sotto il profilo dell'astrattezza essendo, questi ultimi, diretti a disciplinare una serie potenzialmente infinita di fattispecie e situazioni. Inoltre gli atti normativi si differenziano perché essi introducono nell'ordinamento un quid novi¹².

⁸ RAMAJOLI M. - TONOLETTI B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, cit., p.58.

⁹ DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, CEDAM, 2000, cit., p. 347.

¹⁰ DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, CEDAM, 2000, cit., p. 268.

¹¹ BONOMI M.S., *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, in *L'unità del Diritto*, Roma, 2020, cit., pp. 97ss.

¹² *Ibidem* 10, cit. pp. 97 ss.

Per distinguere gli atti normativi dagli atti generali può essere utile fare riferimento alle norme sulla normazione, sono queste ad individuare quali fatti o atti, adottati a seguito delle procedure prescritte e con le dovute forme di esternazione, siano abilitati a produrre prescrizioni qualificate come normative¹³. Oltre che nei confronti degli atti a contenuto normativo, la categoria dei provvedimenti amministrativi generali va delimitata nei confronti degli atti plurimi, che riguardano una pluralità di destinatari. Un atto è plurimo quando sotto forma di un unico agente, di contenuto identico, ma volto a destinatari diversi. In tali casi non si è in presenza di un unico atto, ma di una somma di più atti contestuali ed ognuno conserva la sua autonomia senza vincolare gli altri destinatari. L'atto plurimo, dunque, consiste in una somma di atti destinati a singoli soggetti già individuati, infatti, questi ultimi, pur non essendo indicati negli atti, sono necessariamente specificati e immediatamente determinabili. La sola caratteristica in comune con gli atti generali è la mancanza di designazione espressa e individuale dei destinatari.

L'atto generale è sempre necessariamente un atto unitario e mai una somma di atti¹⁴.

2. Partecipazione al procedimento amministrativo.

Il principio di partecipazione al procedimento amministrativo costituisce un principio generale dell'ordinamento¹⁵.

In Italia una legge generale sul procedimento amministrativo è mancata fino al 1990 e la dottrina e la giurisprudenza hanno costruito l'intero diritto

¹³ SANTANIELLO G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo.*, Giuffrè, 1962.

¹⁴ SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, 1954, Vol.77, No 10 (1954), pp. 222-223.

¹⁵ SAITTA F., *Percorsi di diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, 2014, cit., p. 248.

amministrativo intorno alla centralità del provvedimento amministrativo di conseguenza il procedimento ha avuto un ruolo residuale¹⁶. Prima di tale legge non era rinvenibile una normativa che disciplinasse in maniera comune tutti i procedimenti degli Enti pubblici, esistendo solamente discipline di settore.

Già prima della legge sul procedimento, il principio della partecipazione dei destinatari alla formazione del provvedimento amministrativo costituiva un principio fondamentale dell'ordinamento. La necessaria partecipazione dei privati ai procedimenti della pubblica amministrazione veniva ricondotta ai principi costituzionali, soprattutto a quello di imparzialità, ai sensi dell'art. 97 Cost.¹⁷ letto in combinato disposto con l'art. 1 Cost. L'ambito nel quale l'imparzialità assume maggior importanza è quello del procedimento, in quanto la fase dell'istruttoria volta all'accertamento dei fatti e dei presupposti nonché all'acquisizione e valutazione degli interessi è il momento più esposto ad ingiustificate interferenze¹⁸. In tale contesto l'imparzialità implica la "congruità delle valutazioni finali e delle modalità di azione prescelte"¹⁹.

Il potere amministrativo deve essere utilizzato correttamente ed è dunque necessario, quanto più possibile, consentire agli interessati di rappresentare i loro interessi all'interno dell'attività amministrativa. Lo strumento della partecipazione si configura, come un fattore, oltre che di trasparenza, tramite il quale si cerca di orientare il processo decisionale pubblico verso soluzioni ed approdi finali in qualche misura condivisi. La lettura combinata di diverse disposizioni costituzionali, giustifica e sorregge l'esigenza di assicurare la

¹⁶ PERFETTI L., *Procedimento amministrativo e partecipazione*, in *Ius Publicum*, 2011. cit. p.2.

¹⁷ CHINELLO D., *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, in *LexItalia*, 2005, cit., p. 2.

¹⁸ GRASSO O., *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., p.13.

¹⁹ CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2018, cit., p. 48.

trasparenza dell'attività amministrativa e di garantire la conoscibilità della relativa documentazione²⁰.

Il principio della partecipazione che caratterizza il diritto amministrativo assolve ad una pluralità di scopi, quali l'irrobustimento della base informativa, l'incremento della legittimazione della decisione ed assolve il compito di prevenzione del contenzioso²¹. Nel tentativo di rimuovere le asimmetrie informative che possono viziare il percorso conoscitivo e deliberativo del decisore pubblico²² e conseguentemente di rendere più efficace l'azione amministrativa²³.

Il principio della partecipazione è intimamente collegato al principio democratico²⁴ benchè la nostra Costituzione non si occupi esplicitamente di democrazia partecipativa e neanche di quella deliberativa, e non si preoccupa neppure dei procedimenti amministrativi ma appresta unicamente garanzie nei confronti degli atti delle pubbliche amministrazioni.

Dai principi della sovranità popolare, dell'imparzialità e del buon andamento è stato ricavato il convincimento che l'apertura dei procedimenti amministrativi costituisca un preciso dovere che incombe sui pubblici poteri. La Costituzione repubblicana costituisce un forte ed evidente fondamento per una concezione partecipativa della democrazia infatti trasparenza e conoscibilità delle decisioni sono un tratto fondamentale di democraticità²⁵. La nostra Carta parla

²⁰ SALERNO G.M., *Verso un'amministrazione trasparente: principi costituzionali e regole legislative*, in *Giornale di storia costituzionale.*, 31/2016, pp. 97-98.

²¹ DE BENEDETTO M., *Partecipazione, Diritto online*, in *Enc. Treccani*.

²² FERRARA R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980.

²³ CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 2007, cit., pp. 1-2.

²⁴ COLAVITTI G., *Il dibattito pubblico e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, cit., pp. 2 ss.

²⁵ SANDULLI A.M., *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*.

esplicitamente di partecipazione dei cittadini all'attività dello Stato, la quale si estrinseca sia mediante le forme di democrazia diretta quali i referendum, l'iniziativa legislativa e la possibilità di presentare petizioni. Anche se la Costituzione non contiene alcun riferimento espresso alle forme di democrazia deliberativa e partecipativa tipiche del procedimento amministrativo, individua nella promozione della partecipazione un fine generale dell'ordinamento repubblicano e della sua azione²⁶.

La partecipazione è prevista come un fine generale dell'azione della Repubblica, in stretta unione "*allo sviluppo della persona umana*²⁷".

Dall'art. 1 Cost.²⁸, che attribuisce la sovranità al popolo nei limiti e nelle forme previste dalla stessa Costituzione, si desume il conseguente principio della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo. Infatti esso proclama che il popolo non soltanto è titolare della sovranità ma ne ha anche l'esercizio²⁹.

L'art. 1 Cost., va letto in connessione con altre norme fondamentali, quale l'art. 2 Cost., che esprime la centralità dei diritti della persona e il loro completamento nelle formazioni sociali, ciò fino a comprendere la partecipazione alla vita della società e delle istituzioni, "*elemento essenziale di quella che si chiama piena capacitazione dell'uomo*³⁰".

Il fondamento costituzionale della partecipazione si fa discendere anche dalla dall'art. 3, secondo comma, Cost., dal quale deriva il coinvolgimento dei cittadini

²⁶ MOLASCHI V., *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, cit. pp. 100 ss.

²⁷ ALLEGRETTI U., *Basi giuridiche della democrazia partecipativa: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 2006, cit., p.4 ss.

²⁸ "*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.*"

²⁹ ALLEGRETTI U., *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quarant'anni di pratiche partecipative in Italia*, in *Riv. AIC*, 2011, cit., pp.4 ss.

³⁰ *Ibidem* 29.