

Il principio del contraddittorio nei procedimenti amministrativi di cui all'art. 13 della l. n. 241/1990

Rosa Amatucci*

SOMMARIO: 1. Premessa generale: delimitazione dell'oggetto di indagine - 2.1 Metodo di analisi. Ricognizione morfologica: esempi di fattispecie sottoposte all'art. 13 secondo la giurisprudenza - 2.2 Metodo di analisi dogmatica - 3. Atti normativi - 4. Atti amministrativi generali - 4.1 Piani e programmi - 4.2 Le programmazioni - 4.3 Gli atti amministrativi generali delle Autorità Amministrative Indipendenti - 5. Dibattito pubblico - 6. Procedimenti espropriativi - 7. Procedimenti tributari - 8. Procedimenti previdenziali - 9. La tutela del contraddittorio negli accordi di cui all'art. 11 - 10. Collegamenti dell'art. 13 col diritto di accesso di cui all'art. 22 - 11. Conclusioni generali.

1. Premessa generale: delimitazione dell'oggetto di indagine.

Il capo III - rubricato "Partecipazione al procedimento amministrativo" (1) - della legge 7 agosto 1990 n. 241, delinea presupposti e strumenti per instaurare "un confronto (o scontro) ad armi pari" tra privati cittadini e pubblica amministrazione (2), dando attuazione ai principi di diritto interno (primi tra tutti, "buon andamento" ed "imparzialità" di cui all'art. 97 Costituzione), europeo ("buona amministrazione" ex art. 41 CDFUE) ed internazionale ("equo processo" ex art. 6 CEDU). Se da un lato, le primissime sentenze della Consulta mostravano una certa ritrosia nel riconoscere il contraddittorio amministrativo principio di rango costituzionale (3), dall'altro, illuminata dottrina, a livello teorico, lo definiva come "*condizione extraprocessuale al processo giurisdizionale*" (4) e il legislatore, a livello dogmatico, lo configurava come cri-

(*) Dottoressa in Giurisprudenza, ammessa alla Pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato (avv. Stato GAETANA NATALE).

(1) Ai fini dell'indagine che si sta conducendo, è utile segnalare che nell'originario schema del d.d.l. della Commissione Nigro, la rubrica del capo III recitava "*contraddittorio nel procedimento amministrativo*" e non, come oggi "*partecipazione nel procedimento amministrativo*". In realtà, questa scelta si spiega con l'esigenza di ricomprendere nel *genus* partecipazione, tanto il modulo collaborativo (mediante il deposito di osservazioni) quanto quello difensivo (con l'atto tipico dell'opposizione). Per approfondire, si rinvia al parere del Consiglio di Stato, n. 7, 19 febbraio 1987.

(2) Si tratta:

a) della comunicazione di avvio del procedimento (ex artt. 7-8);
b) del potere di intervento degli interessati (ex art. 9);
c) del diritto dei partecipanti di prendere visione degli atti relativi al procedimento in essere e, successivamente, di presentare memorie e documenti (ex art. 10);
d) della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda nei procedimenti ad istanza di parte (ex art. 10-bis).

(3) Corte Cost., sent. n. 13 del 2 marzo 1962; Corte Cost., sent. n. 23 del 1978.

(4) F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio* (Diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX.

terio generale della presenza del cittadino al percorso decisionale pubblico (5). In tempi più recenti, le riforme costituzionali e ordinarie (6), e la sinergia di dottrina e giurisprudenza, hanno fugato ogni dubbio circa la natura costituzionale del principio in esame.

Tutto quanto premesso, si tratta di capire se il principio del contraddittorio amministrativo trovi applicazione indiscriminatamente in qualsiasi tipo di procedimento pubblico ovvero se, a seconda della funzione esercitata, esso subisca delle deroghe.

Invero, a livello normativo, il capo III della suddetta legge si chiude con una disposizione, l'art. 13, che delimita oggettivamente l'ambito di applicazione delle garanzie in esso contenute. Tuttavia, la rubrica "Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione" non corrisponde del tutto al suo contenuto: avrebbe piuttosto dovuto rappresentare che le norme sulla partecipazione individuale (e quindi sul contraddittorio) di cui ai precedenti articoli, non si applicano a determinati procedimenti; invece, il titolo è tale da poter indurre nell'equivoco che in questi procedimenti non sia garantito l'esercizio del contraddittorio. Inoltre, l'elenco contenuto nel testo della norma (7) non è esaustivo, perché sotto l'ombrello generico di atti amministrativi generali, ricomprende tutta una serie di specie di difficile individuazione. Ancora, l'indicazione specifica ma distinta da quella degli atti amministrativi generali, degli atti di pianificazione e programmazione costituisce una ridondanza, perché essi sono, per eccellenza, atti amministrativi generali.

Occorre anche precisare che, dal punto di vista dei principi generali del diritto amministrativo, il concetto di sovranità, alla base della autoritarità dell'atto amministrativo e della sua imperatività, è diverso da quello fatto proprio dagli altri Paesi membri dell'Unione e soprattutto del diritto europeo: dove i c.d. atti "normativi" (convenzioni, regolamenti, direttive e decisioni) debbono essere comunque motivati in base ai c.d. considerando. Questo obbligo risale addirittura alla formulazione originaria dell'art. 190 del Trattato CEE di Roma. Nel sistema nazionale e costituzionale, viceversa, prevale tuttora una concezione "bilaterale" dei rapporti tra cittadino ed amministrazione (l'amministrato, piuttosto che il cittadino), per cui la tutela piena del contraddittorio è limitata a quei procedimenti individuali che la dottrina chiama "so-

(5) G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione* in *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 799.

(6) Tra le tante, si ricorda la legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999 ("*Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*").

(7) Art. 13 "*Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*"

1. *Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.*

2. *Dette disposizioni non si applicano altresì ai procedimenti tributari per i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano.*

stanziali”. Al contrario, gli atti normativi (regolamenti soprattutto) sono considerati estranei a questo tipo di rapporto, e pertanto non debbono essere motivati, ma piuttosto semplicemente “giustificati” con il richiamo ai presupposti e alla normativa di cui sono applicazione. Questo modo di procedere ha influenzato anche la dogmatica dei c.d. atti amministrativi generali, al punto che molti di essi sono stati qualificati, e non da ora, come atti sostanzialmente normativi.

Da ciò discende una ultima considerazione di carattere generale. Data l'enorme varietà degli atti amministrativi c.d. generali, il metodo di indicazione non può che essere tassonomico, perché a seconda del tipo di atto ricompreso nell'art. 13, si rinviene la più ampia gamma di effetti giuridici: per gli atti normativi è il vincolo di obbedienza, come per la legge, mentre gli atti amministrativi generali possono avere effetti costitutivi e conformativi (come ad esempio i piani regolatori generali e le programmazioni ambientali); ancora effetti dichiarativi con valore costitutivo, come l'iscrizione nelle liste delle bellezze naturali e dei beni culturali. Addirittura, vi può essere potestà conformativa del negozio giuridico, integrazione amministrativa delle clausole contrattuali, obbligo di rispetto di standard come avviene per gli atti delle autorità indipendenti di regolamentazione. Tali sono ad esempio, i provvedimenti di fissazione delle tariffe o di determinazione dei prezzi che costituiscono, secondo la migliore dottrina (8), una conformazione amministrativa del negozio giuridico. Degli altri speciali procedimenti indicati espressamente dall'art. 13 (procedimenti amministrativi tributari e previdenziali; ovvero dei procedimenti di cambiamento della generalità ai fini di protezione dei collaboratori ai sensi del d.lgs. 119/93) si parlerà a suo tempo.

Un vero *rebus* giuridico è rappresentato infine dalla natura giuridica delle “linee guida” presenti nei più vari settori della attività amministrativa: la giurisprudenza ha già riconosciuto - ai fini della tutela giurisdizionale - natura vincolante alle linee guida dell'ANAC, del GSE (Gestore del Sistema Elettrico) e perfino dell'Agenzia per l'Italia digitale.

2.1 Metodo di analisi. Ricognizione morfologica: esempi di fattispecie sottoposte all'art. 13 secondo la giurisprudenza.

Prima di tentare una ricognizione dogmatica appare utile effettuare - a campione - una ricognizione di tipo morfologico. Sotto questo profilo, nella prassi giudiziaria si registra la tendenza ad allargare lo spettro delle fattispecie da attrarre nella categoria degli atti amministrativi generali, e dunque della stessa operatività dell'art. 13. In particolare, si rinvengono esempi nei seguenti settori o materie:

(8) Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II.

- a)* procedure di formazione dei piani regolatori generali e loro varianti (9);
- b)* tutti i piani particolareggiati sia di carattere generale (PPE piano particolareggiato di esecuzione) sia di carattere speciale:
- a.* piani di insediamenti produttivi (PIP) (10);
- b.* piani di edilizia economica e popolare (PEEP), ma non le localizzazioni individuali di opera di edilizia economica e popolare (art. 51 l. 865/71);
- c)* procedimento di pianificazione programmazione del programma urbano di parcheggi (PUP) (11);
- d)* atti di programmazione economico sociale, quali ad esempio la programmazione regionale della spesa sanitaria (12). Tuttavia, secondo il Consiglio di Stato (13), “la deliberazione regionale con la quale sono stati fissati i tetti di spesa delle prestazioni sanitarie, è stata qualificata come atto plurimo e non come atto amministrativo generale e quindi è da considerare illegittima, se adottata senza previo avviso dell’avvio del procedimento”;
- e)* c.d. localizzazioni o individuazioni di aree rispettivamente per:
- a.* Impianti di stazioni radio per telefonia cellulare (14);
- b.* localizzazione di impianti di termovalorizzazione (15);
- c.* localizzazione di impianti di rifiuti solidi urbani (16);
- d.* le delibere di individuazione di zone carenti di servizio farmaceutico (17);
- e.* provvedimenti di revisione della pianta organica delle sedi farmaceutiche (18);
- f.* istituzione di nuove sedi farmaceutiche (19);
- f)* determinazione dei prezzi (20); approvazione di servizi pubblici (21); provvedimenti di adeguamento delle tariffe telefoniche (22);
- g)* provvedimenti in materia di contabilità, finanza, beni demaniali e patrimoniali, quali ad esempio gli atti di aggiornamento dei canoni di concessione dei medesimi (23);

(9) T.a.r. Molise, sez. I, n. 239/2021; Cons. Stato, sez. IV, n. 1914/2016.

(10) Con. Stato n. 5819/2014.

(11) Cons. Stato, sez. V, n. 2852/2003.

(12) T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, n. 16660/2005.

(13) Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio n. 3920/2020.

(14) T.a.r. Emilia-Romagna, sez. I, n. 3/2021; T.a.r. Sardegna, sez. II, n. 163/2008.

(15) T.a.r. Piemonte, sez. II, n. 3607/2000.

(16) Cons. Stato, sez. V, n. 2471/2006. Sono ipotesi in cui è potenzialmente applicabile l’istituto del dibattito pubblico.

(17) Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7356.

(18) T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 1° dicembre 2008, n. 442; Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 1999, n. 1628.

(19) Cons. Stato, sez. III, n. 3136/2018.

(20) T.a.r. Campania, sez. I, 14 settembre 1999, n. 2320.

(21) Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2009, n. 2308.

(22) T.a.r. Lazio, sez. II, 8 giugno 1993, n. 657.

(23) T.a.r. Toscana, 17 aprile 2002, n. 153.

h) procedimenti dichiarativi in materia di tutela del paesaggio, quale integrazione degli elenchi delle bellezze ambientali e dei beni ambientali e culturali (24);

i) procedimenti di pianificazione in materia ambientale, valutazioni di impatto ambientale, autorizzazioni ambientali. Come hanno notato autorevoli commentatori (25), “la disciplina della partecipazione nei procedimenti di pianificazioni in materia ambientale risulta fortemente condizionata dalla regolamentazione internazionale (Convenzione di Aarhus, ratificata nel nostro Paese con l. 108/2001) e comunitaria, che la incentiva proprio nei procedimenti volti all’emanazione di piani e programmi nonché di atti normativi (26). In tutti questi casi più che la figura del legittimo contraddittore, vi è quello del portatore di interessi o *stakeholder*, molto variegati, si va dal proprietario confinante rispetto al progetto di una discarica di rifiuti ad associazioni di categoria (ordini e collegi professionali, società di ingegneria), portatori di interessi diffusi e collettivi, quali le organizzazioni non governative riconosciute dal Ministero dell’Ambiente aventi finalità di protezione dell’ambiente stesso oppure miste come il CODACONS (27).

2.2. Metodo di analisi dogmatica.

Sebbene il metodo dell’analisi giuridica delle fattispecie sia plurimo ed opinabile (per soggetti, per tipo di attività, per tipo di procedimento, per funzione, per considerazione degli interessi pubblici ecc.) sembra efficace ispirarsi alla tassonomia proposta dalla grande dottrina (28) che li articola in ordine discendente, ed in relazione al tipo di potere esercitato. Questo metodo comporta che in primo luogo vengano considerati gli atti normativi secondari, che sono diretta esecuzione delle fonti primarie del diritto e, successivamente, le funzioni di indirizzo, coordinamento, pianificazione e programmazione, regolazione e conformazione.

3. Atti normativi.

Una rapida trattazione del regime giuridico degli atti normativi si giustifica per la loro profonda differenza di natura giuridica, funzione ed effetti (ma anche procedure) rispetto alle altre categorie di atti inclusi nell’art. 13, compresi gli stessi atti amministrativi generali.

Come si è accennato in premessa, l’impostazione finora data all’interpre-

(24) Cons. Stato, n. 1898/2002.

(25) M.C. ROMANO, in commento all’art. 13 *Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione in L’azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, pp. 442 ss.

(26) Così M.C. ROMANO, *op. cit.*, p. 443.

(27) Non rientrando nell’oggetto dello specifico lavoro, si rinvia per ulteriori dettagli soprattutto a M.C. ROMANO, *op. cit.*, pp. 443-445.

(28) M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1981.

tazione della Costituzione, ed estrapolabile dalle sentenze della Corte Costituzionale, è molto tradizionale, perché risale all'applicazione consueta del principio di separazione dei poteri, anche se, come noto, essa viene ampiamente criticata anche nei Paesi di *civil law* e non solo di *common law*.

Infatti, i regolamenti nella manualistica (29) vengono situati tra gli atti del potere esecutivo, a differenza non solo delle leggi, ma anche di tutti gli atti con forza o valore di legge, che pur sarebbero di competenza del Governo. Ma in realtà, specialmente dalla politica vengono percepiti come un *continuum*, soprattutto per quanto riguarda la categoria più importante: i regolamenti di esecuzione (ma anche i regolamenti di organizzazione). Un tipo di atto relativamente nuovo è poi costituito dai decreti ministeriali autorizzati, espressione della "riserva di amministrazione" come limite del potere legislativo in base ai principi di cui all'articolo 97 Cost. Dal punto di vista sociologico, è evidente che anche nella loro preparazione vi è un confronto almeno informale con i portatori di interessi (altrove chiamati "lobbisti"). Tuttavia, non è un confronto paragonabile alla metodologia seguita dalla Unione Europea dove - prima di normare un determinato settore, vi sono indagini conoscitive (libri bianchi), orientamenti di principio (libri verdi), ampie procedure di consultazione (es. appalti pubblici), pareri espressi dai più vari comitati.

Come autorevole dottrina (30) ha suggerito, infatti, accanto alle c.d. fonti giuridiche del diritto, tradizionalmente distinte in fonti primarie e secondarie, il contesto europeo apre alla nozione di fonti culturali, cioè più in generale dell'apporto che soggetti non politici, ma istituzionali ovvero *stakeholders* e rappresentanti di associazioni di interessi di categoria, collettivi e diffusi, alla formazione delle c.d. leggi comunitarie. Ciò è constatabile dalle ampie procedure di consultazione utilizzate non solo per redigere documenti, quali libri bianchi, verdi e comunicazioni, ma soprattutto in tema di direttive, come quelle sugli appalti pubblici.

Da questo quadro emerge, come sottolineato dalla dottrina sopracitata, che anche la normazione europea è soggetta alla verifica della sua ragionevolezza e della conformità all'interesse pubblico concreto specifico ed attuale, diversamente dalle leggi e dai regolamenti dello Stato italiano, che si basano unicamente sul principio di autorità.

È quindi evidente che i regolamenti non sono soggetti al contraddittorio, al contrario degli atti amministrativi generali, come si dimostrerà oltre.

(29) Cfr. tra i tanti E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV, Milano, 2022; F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, VII, Torino, 2021.

(30) E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e comunitario*, II edizione, Torino, 2004, pp. 36 ss.; G. ZAGREBELSKI, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987; A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale del diritto)* in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, I, pp. 327 ss.

Come è noto, nel cosiddetto preambolo, ove esistente, (ed in modo del tutto simile ai decreti-legge o ai decreti legislativi delegati) la distinzione di fondo è tra giustificazioni (l'indicazione delle norme che appunto giustificano l'emanazione del regolamento, presupposti di fatto e di diritto, che variano a seconda del tipo di regolamento) e motivazione sulla sola procedura di approvazione, che spesso è obbligatoria ed il cui mancato rispetto comporta l'illegittimità (31). Tale differenza rispetto alle altre categorie di atti generali si nota anche sul piano processuale, in quanto è ben rara in giurisprudenza l'ipotesi della loro impugnabilità diretta e immediata; normalmente, anzi, un regolamento non è impugnabile *ex se*, ma solo insieme ad un atto applicativo del quale costituisca presupposto di legittimità.

Si potrebbe, quindi, concludere brevemente nel senso che i regolamenti, come le leggi, non sono soggetti all'esercizio del diritto al contraddittorio procedimentale, ma solo ad una verifica della loro legalità *a posteriori*, che si attua in sede giurisdizionale amministrativa.

Per completezza, si deve anche osservare che, comunque, una tutela in generale della legalità è contenuta, sul piano sostanziale, nell'art. 4 delle Preleggi al Codice Civile, a mente del quale i regolamenti non possono contenere norme contrarie alla legge e, sul piano processuale, attraverso la previsione della competenza del giudice ordinario civile e penale ai sensi degli artt. 4 e 5 della Legge 20 Marzo 1865/2248 All. E, abolitrice del contenzioso amministrativo. Infatti, l'art. 4 prescrive che il giudice applicherà i regolamenti in quanto rispettosi della legge.

In disparte poi appare il rimedio della c.d. illegittimità comunitaria (che peraltro secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Unione Europea, si applica a tutti gli atti e provvedimenti nazionali di qualsiasi livello: leggi, atti con forza o valore di legge, regolamenti, provvedimenti amministrativi, negozi giuridici pubblici e privati e perfino pronunce dei giudici nazionali). Esso non può essere esaminato in questa sede, ma - in qualche modo - entra nel concetto di "contraddittorio" anche se non procedimentale: ciò in quanto l'interessato può sempre invitare e diffidare (con il tradizionale atto di invito e diffida *ex* articolo 25 del T.U. sul pubblico impiego, per questa parte ancora vigente) qualsiasi autorità nazionale, ad interpretare la propria normativa in modo conforme al diritto europeo. Ed in caso di incompatibilità accertate a disapplicare la normativa medesima (32). La portata del primato del diritto comunitario e la diretta applicabilità del medesimo è tale che suddetto obbligo non si applica solo alle Autorità Centrali dello Stato, ma anche alla

(31) Sugli argomenti della giustificazione e della motivazione si rimanda ampiamente alle considerazioni di S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016 e di P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972.

(32) V. già Corte di Giustizia 22 giugno 1989 in causa 103/1988, *fratelli Costanzo*.

classe politica e ai dirigenti locali, e perfino alle autorità giurisdizionali. La stessa legge 117/1988 e s.m.i. sulla responsabilità dei magistrati, richiama le conseguenze della mancata applicazione o disapplicazione, dell'obbligo di interpretazione conforme e perfino della omissione di una questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del T.F.U.E. Eguali considerazioni in ordine al mancato rispetto del diritto internazionale ed in particolare della CEDU (33).

4. Atti amministrativi generali.

Contrariamente agli atti normativi, la categoria degli atti amministrativi generali è molto vasta e, come si affermava in premessa, può essere inquadrata solo sotto un profilo tassonomico, non in base al criterio più comune degli effetti giuridici. In un primo tempo, la dottrina ritenne che gli atti amministrativi generali avessero tutti un contenuto sostanzialmente regolamentare, ma che non costituissero fonti del diritto (34). Di conseguenza le principali differenze dagli atti normativi consistevano in queste caratteristiche: mancanza della *vacatio legis*, non applicazione del principio *iura novit curia*, mancanza di parametro nei giudizi di Cassazione, carattere generale, ma non astratto delle norme in esso contenute (35).

Si deve all'opera di Massimo Severo Giannini (36) l'inquadramento degli atti amministrativi generali nei c.d. procedimenti precettivi, cioè procedimenti tesi a creare "precetti" intermedi tra la legge e l'atto amministrativo concreto. Si tratterebbe, quindi, di atti non normativi, ma comunque ad effetto conformativo delle situazioni giuridiche soggettive. Tale ricostruzione segue evidentemente la tesi della natura sostanzialmente "normativa" dell'atto amministrativo generale, cioè della discrezionalità "creativa" e non semplicemente "attuativa" della legge (37). Tra di essi rientrano sicuramente piani e programmi che, evidentemente, l'art. 13 ha voluto evidenziare per la loro importanza, ma che rientrano a pieno titolo tra gli atti amministrativi generali.

Seguendo però il Giannini, prima di arrivare a livello degli atti di pianificazione - ma sempre all'interno della categoria dei procedimenti precettivi - ci sono altri atti di eguale importanza, appartenenti alle seguenti tre funzioni: funzioni di indirizzo, funzioni di coordinamento, funzioni di direzione (38).

(33) V. in particolare Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 1/2022.

(34) In questo senso, G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Scritti*, vol. III, Milano, 2003, 769 ss.; M.A. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1990, 39 ss.

(35) Una applicazione ai piani regolatori in E. PICOZZA, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, 1983.

(36) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993.

(37) V. per tutti A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa* in *Enciclopedia del Diritto*, Milano Giuffrè ad vocem.

Per quanto riguarda le funzioni di indirizzo, autorevole dottrina (39) ha individuato tale funzione come quella che si pone a cavallo tra funzione politica e funzione amministrativa.

Il concetto è stato codificato negli articoli 4 e 25 del d.P.R. 165/2001 s.m.i. sulla distinzione tra attività di indirizzo e attività di gestione. È chiaro che, in questo caso, non si pone un problema di contraddittorio, rientrando queste norme nella categoria delle c.d. norme di azione riguardanti la p.a., e non di relazione, attinenti ai rapporti con gli amministrati. Ci possono essere, però, atti di indirizzo lesivi di situazioni giuridiche soggettive in ordine ai quali la tutela è rimessa, come per i regolamenti, solo all'attività processuale.

Contigua all'attività di indirizzo è l'attività di coordinamento, che può sfociare in vere e proprie intese, come ad esempio quelle con la conferenza Stato-Regioni, oppure in pareri, come nella Conferenza Stato-città. La dottrina (40) ha sottolineato che non si tratta di esercizio del contraddittorio procedimentale, ma di forme di consulenza o di consultazione. Sono in altri termini forme di concertazione obbligatoria tra livelli differenti di poteri, incrementatesi soprattutto dopo la riforma del titolo V della Costituzione. Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, quanto meno nelle materie che incidono sulle competenze regionali, la mancanza di intesa potrebbe infatti sfociare nella dichiarazione di incostituzionalità della legge statale, ovvero nel conflitto di attribuzioni ai sensi dell'articolo 134 Cost.

Infine, va fatto un cenno all'attività di direzione che si situa gerarchicamente subito dopo l'attività di indirizzo, con cui spesso può essere confusa. Anche in questo caso, non vi è un vero e proprio contraddittorio tra chi dirige e chi esegue le direttive, ma poiché il rapporto tra questi soggetti è fiduciario, può esserci un momento di contraddittorio nel caso in cui il dirigente venga revocato o rimosso. Come insegna la giurisprudenza, infatti, il rapporto che si instaura ad esempio tra un ministro ed un ente pubblico dipendente da quel ministero è un rapporto di amministrazione basato sulla fiducia. Pertanto, in caso di revoca, valgono tutte le garanzie del contraddittorio a partire dalla comunicazione dell'avvio del procedimento di autotutela ai sensi degli artt. 7-8, anche se la Corte Costituzionale ha riconosciuto un alto tasso di discrezionalità nella decisione. A tal proposito, è nota la prassi per cui entro sei mesi dall'insediamento del nuovo Governo i dirigenti del precedente possono essere confermati o rimossi.

(38) M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

(39) E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988.

(40) G. GHETTI, *La consulenza amministrativa*, CEDAM, Padova, 1974; G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971.

4.1 Piani e programmi.

Mentre per gli atti di indirizzo, coordinamento e direzione, come si è visto, non si pongono grandi problemi di esercizio del contraddittorio, non è così per pianificazioni e programmazioni.

In questi procedimenti la regola del contraddittorio segue essenzialmente, come evidenziato dalla dottrina (41), l'effetto giuridico prodotto dal provvedimento terminale. Ad esempio, la normativa di diritto urbanistico, segue la distinzione tra piani di assetto e piani operativi, laddove la legge 1150/1942 distingue appunto tra piano generale e piano particolareggiato. Anche qui si può ipotizzare, in termini più moderni, una distinzione tra attività di regolazione (del territorio, dell'ambiente, del paesaggio) e un'attività conformativa e di controllo.

Ne consegue che il principio del contraddittorio nel procedimento è sempre rispettato, ma non sono applicabili gli articoli del capo III della l. 241/1990 perché le leggi di settore hanno una propria disciplina. Soprattutto l'ampiezza del contraddittorio, si ispira al livello politico della decisione. Nonostante gli sforzi di alcune leggi regionali, consistenti nel porre a disposizione della consultazione pubblica, il progetto di strumento urbanistico, ancora prima della sua formale adozione - in realtà la classe politica tende ancora ad ispirarsi al principio novecentesco della c.d. integrazione politica (42) cioè ritenendo tutt'oggi la classe politica in grado di risolvere i conflitti tra i vari interessi privati e sociali. Tuttavia, come si vedrà nel paragrafo sugli accordi, il principio di sussidiarietà orizzontale e le diffuse forme di partenariato pubblico-privato, stanno rendendo recessivo questo modo unilaterale ed autoritativo di procedere, che difetta spesso di trasparenza e imparzialità.

È nota in proposito la distinzione, in tema di piani regolatori, tra osservazioni e opposizioni.

Poiché il piano regolatore generale è un procedimento complesso, fatto di una prima fase detta di adozione di competenza comunale, e di una seconda fase, detta di approvazione di competenza regionale, il privato può presentare osservazioni nei confronti del piano adottato, cui l'amministrazione ha il dovere di rispondere sia pure sinteticamente. Sebbene la giurisprudenza ritenga che di per sé la mancanza di una risposta ad una singola osservazione non costituisca né violazione di legge né eccesso di potere, tuttavia ne tiene in qualche modo conto, soprattutto se un'area fabbricabile perde per la prima volta il carattere di edificabilità. In altri termini la giurisprudenza amministrativa, molto opportunamente, segue il metodo della interpretazione adeguata al caso concreto, inaugurato dalla giurisprudenza costituzionale già da molto tempo.

Per quanto riguarda, invece, i piani esecutivi, il privato può opporsi alle

(41) E. PICOZZA, *Il piano regolatore urbanistico*, CEDAM, Padova, 1983.

(42) V. già R. SMEND, *Dottrina della costituzione*, Milano.

prescrizioni contenute nell'atto di adozione, dando vita ad una vera e propria forma di esercizio del contraddittorio procedimentale, per cui l'autorità comunale deve congruamente motivare l'eventuale rigetto (43). Come si ricorderà infatti, il ricorso in opposizione rappresenta una delle tre forme classiche di ricorso amministrativo (insieme a quello gerarchico e al ricorso gerarchico improprio).

Riassumendo, quindi, si può parlare di forme di partecipazione del privato alla decisione amministrativa, nei confronti della formazione del piano regolatore generale; e di forme di contraddittorio procedimentale nei confronti dei piani particolareggiati.

È bene precisare che, in base alle pertinenti disposizioni del d.P.R. 327/2001 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità"), può effettivamente capitare che ci sia una pluralità di procedimenti concomitanti, quali l'approvazione di un progetto di opera pubblica con effetto di variante al piano regolatore. In questo caso poiché l'effetto giuridico è la creazione di un vincolo finalizzato all'esproprio, l'esercizio del contraddittorio sarà disciplinato proprio dalla legge sull'espropriazione per pubblica utilità.

Questi principi generali valgono per tutte le pianificazioni incidenti sul territorio, quindi non solo per quelle urbanistiche, ma anche per i piani paesistici, per i piani relativi agli interventi per la protezione della natura etc.

Non rientrano invece, nell'eccezione di cui all'art. 13 l. 241/1990 le valutazioni ambientali (VAS, VIA, VINCA) né le autorizzazioni integrate ed uniche in materia ambientale (AIA, AUA, IPPC). In questi casi, infatti, secondo la logica del capo III, vi è una pluralità di soggetti potenziali interessati, proprio come nei procedimenti sostanziali e cioè rispettivamente: i destinatari, i pregiudicati, gli intervenienti, comprese altre amministrazioni preposte alla tutela di altri interessi pubblici. Di conseguenza l'esercizio del diritto al contraddittorio procedimentale segue il corso normale (44).

4.2 Le programmazioni.

Dal punto di vista giuridico lessicale, non è stata mai molto chiara la distinzione tra pianificazioni e programmazioni, perché spesso sono usate dalle leggi e anche dalla dottrina, nonché dalla giurisprudenza amministrativa in modo intercambiabile come, ad esempio, nel caso della pianificazione o programmazione territoriale ovvero ambientale.

La manualistica del diritto amministrativo è più precisa perché li distingue

(43) Si ricorda che le opposizioni vengono inquadrate nei c.d. ricorsi amministrativi insieme ai ricorsi gerarchici e ai ricorsi gerarchici impropri.

(44) Piuttosto, si deve osservare come molta di questa materia sia di derivazione comunitaria ed internazionale; le convenzioni, in particolare, spesso contengono disposizioni molto specifiche che prevalgono su quelle della legge 241/1990.

in base agli effetti giuridici: per esempio nelle pianificazioni territoriali, l'effetto giuridico è di tipo imperativo e può spingersi a costituire e conformare situazioni giuridiche soggettive (45).

Viceversa, le programmazioni economiche, specialmente quelle di sviluppo economico e sociale ovvero quelle economiche-finanziarie non hanno normalmente un effetto così imperativo, ma piuttosto "condizionale", nel senso che prevedono la possibilità di raggiungere dei risultati e prescrivono le misure per poterli monitorare, controllare, aggiornare, ed eventualmente modificare (46). Un esempio emblematico di tali difficoltà è la spesa annuale sanitaria. In via generale, queste programmazioni sono previste dal d.lgs. 165/2001, infatti, tra gli atti fondamentali di indirizzo politico amministrativo degli organi di governo figurano proprio le definizioni degli obiettivi e dei programmi da attuare ed in particolare:

- a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di
- b) indirizzo interpretativo e applicativo;
- c) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi, e direttive generali amministrativi e la gestione;
- d) l'individuazione delle risorse umane, materiali, economico-finanziarie da destinare a diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale;
- e) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazioni di tariffe, canoni, e analoghi oneri a carico di terzi.

Appare evidente che questi programmi appartengono alle c.d. norme di azione, cioè quelle dirette al funzionamento della pubblica amministrazione e all'attuazione delle politiche pubbliche nelle materie di propria competenza, quindi, non si può porre proprio il problema della tutela di un contraddittorio. Semmai, viene in gioco, il principio di leale collaborazione tra Stato, enti ed istituzioni, e quindi forme di partecipazione completamente diverse rispetto ad altri programmi di sviluppo ad impatto territoriale quali gli accordi di programma, la programmazione negoziata e gli stessi parchi territoriali. Tuttavia, si deve porre particolare attenzione quando questi atti siano lesivi di situazioni giuridiche soggettive protette direttamente dal diritto comunitario come diritti soggettivi. Infatti, il diritto comunitario non riconosce a questi effetti proprio tale distinzione (47).

(45) E. PICOZZA, *Il piano regolatore urbanistico*, CEDAM, Padova, 1983.

(46) Vedi già U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, CEDAM, Padova, 1984.

(47) E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit. In giurisprudenza Corte di Giustizia 5 marzo 1986 in cause *Brasserie du pecheur e Factortame* nn. 43 e 48.

4.3 *Gli atti amministrativi generali delle Autorità Amministrative Indipendenti.*

Come è noto, le Autorità Amministrative Indipendenti sono oggetto di un notevole dibattito in dottrina (48) in quanto non hanno una copertura costituzionale esplicita, anche se normalmente vengono fatte rientrare nel concetto di pubblica amministrazione e di ente pubblico di cui all'art. 97 Cost. (49). Normalmente la distinzione adottata è in linea teorica tra Autorità di Garanzia, Autorità di regolazione (ad esempio della concorrenza) e Autorità di regolamentazione (ad esempio della energia elettrica). Tuttavia la distinzione è solo di massima, sia perché anche Autorità di regolazione possono essere titolari di poteri conformativi oltre che sanzionatori, sia perché la giurisprudenza amministrativa tende ad applicare il c.d. rito abbreviato di cui all'articolo 119 del codice del processo amministrativo, anche ad Autorità di Vigilanza (come la Banca d'Italia) che non sono formalmente denominabili come Autorità Amministrative Indipendenti.

In effetti, la loro attività è molto vasta perché sono preposte alla regolazione o addirittura alla regolamentazione di interi settori di attività economica precedentemente di competenza dei ministeri pertinenti. In particolare, sono di competenza di queste autorità i c.d. servizi pubblici a rete, quali acqua, energia trasporti e comunicazioni elettroniche. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che non pochi procedimenti delle Autorità Indipendenti rientrino nel campo di applicazione dell'art. 13 (50).

Tuttavia, occorre nettamente distinguere tra: provvedimenti generali, quali la fissazione di prezzi e tariffe (ad esempio prezzo dell'energia elettrica e del gas), procedimenti individuali, spesso di tipo monitorio o addirittura sanzionatorio. Solo per i primi vale l'esimente dell'art. 13, ma come e più che per i piani regolatori generali, è assicurata un'ampia forma di consultazione delle imprese e degli altri *stakeholders* prima dell'approvazione del regime tariffario o comunque del prezzo amministrato. Viceversa, tutti i procedimenti individuali debbono obbligatoriamente rispettare il diritto al contraddittorio procedimentale anche se la l. 241/1990 viene sul punto integrata o addirittura sostituita dagli specifici regolamenti sulle c.d. istruttorie di competenza di queste Autorità.

Emblematico è il caso delle istruttorie sulle possibili violazioni della concorrenza ai sensi della l. 287/1990 e delle pertinenti norme del TFUE.

(48) Sui termini di questo dibattito cfr. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1 ss.; di "rompicapo costituzionale" ha parlato E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in www.astridonline.it.

(49) Cons. Stato comm. spec., 29 maggio 1998, in *Foro amm.*, 1999, 414 ss.

(50) Vedi già Cons. Stato, VI, n. 2003/2006, n. 2248/2006, n. 1409/2006, n. 7972/2006.

Non vi è dubbio che in questo caso ci sia un pieno esercizio del contraddittorio procedimentale da parte delle imprese sottoposte ad istruttoria e, in alcuni casi, anche a proposito del procedimento di irrogazione della sanzione.

5. Dibattito pubblico.

L'istituto del cd. dibattito pubblico, o *débat publique*, per richiamare l'esperienza francese, è al centro dei più significativi interventi di riforma che interessano l'ordinamento italiano.

La legge delega 21 giugno 2022, n. 78 stabilisce che il Governo, nell'adozione della nuova disciplina dei contratti pubblici provveda "alla revisione e alla semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, nonché di rendere più celeri e meno conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell'intesa fra i diversi livelli territoriali coinvolti nelle scelte stesse" (art. 1, comma 2, lett. o, l. 21 giugno 2022, n. 78).

La *ratio* perseguita è quella di rafforzare l'istituto del dibattito pubblico, nel senso dell'affinamento e della semplificazione della disciplina vigente (51). Invero, il dibattito pubblico è stato introdotto con l'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016 (52) come strumento per realizzare opere pubbliche trasparenti e con-

(51) A. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dibattito pubblico indietro tutta*, in *ApertaContrada. Riflessioni su società, diritto, economia*.

(52) Art. 22, d.lgs. n. 50/2016, "Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico":

1. *Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori.*

2. *Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, in relazione ai nuovi interventi avviati dopo la data di entrata in vigore del medesimo decreto, sono fissati i criteri per l'individuazione delle opere di cui al comma 1, distinte per tipologia e soglie dimensionali, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, e sono altresì definiti le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura. Con il medesimo decreto sono altresì stabilite le modalità di monitoraggio sull'applicazione dell'istituto del dibattito pubblico. A tal fine è istituita, senza oneri a carico della finanza pubblica, una commissione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con il compito di raccogliere e pubblicare informazioni sui dibattiti pubblici in corso di svolgimento o conclusi e di proporre raccomandazioni per lo svolgimento del dibattito pubblico sulla base dell'esperienza maturata. Per la partecipazione alle attività della commissione non sono dovuti compensi, gettoni, emolumenti, indennità o rimborsi di spese comunque denominati (disposizione modificata dal D.Lgs. 56/17 in vigore dal 20 maggio 2017).*

3. *L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore proponente l'opera soggetta a dibattito pub-*

divise. Alla disciplina è stata data attuazione con il D.P.C.M. n. 76 del 24 agosto 2018, che ha definito dettagliatamente la procedura (53) e ha elencato le opere per le quali è obbligatoria (54). Vengono, poi, precisate le modalità di controllo sull'applicazione dell'istituto per il tramite di una Commissione da istituirsi presso il Ministero delle Infrastrutture (55).

A ciò si aggiunge l'art. 46 del d.l. n. 77/2021, convertito con l. 29 luglio 2021 n. 108, nel quale sono state elencate delle opere infrastrutturali di notevole interesse finanziate con il PNRR obbligatoriamente assoggettate a dibattito pubblico. È necessario precisare che, al fine di rendere più spedite le procedure per la realizzazione di queste nuove opere, il legislatore ha derogato alla disciplina ordinaria, nell'ottica dello snellimento della procedura. A tal riguardo, l'art. 46, d.l. cit., stabilisce che il dibattito pubblico deve concludersi nel termine di 30 giorni dalla sua indizione e che tutti i termini previsti dal decreto attuativo n. 76/2018 sono dimezzati. Di seguito, la Commissione nazionale, ha adottato la raccomandazione n. 2 e le nuove linee guida, al fine di dettagliare le fasi del procedimento di dibattito pubblico "accelerato" per le opere di cui all'all. 4, d.l. cit. Su tale scia, ha scandito le varie fasi del procedimento, aggiornandolo nei tempi e nei passaggi. Da ultimo, è doveroso precisare che, all'art. 46, d.l. cit., è previsto che, in caso di inosservanza da parte della stazione appaltante dei termini di svolgimento del dibattito pubblico "accelerato", la Commissione nazionale esercita, senza indugio, i necessari poteri sostitutivi. In tal modo, alla Commissione sono state attribuite delle compe-

blico indice e cura lo svolgimento della procedura esclusivamente sulla base delle modalità individuate dal decreto di cui al comma 2.

4. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

(53) Per opere di dimensioni comprese tra la soglia e i due terzi, il dibattito si indice su richiesta di soggetti altamente qualificati in senso istituzionale/rappresentativo: a) Presidenza del Consiglio dei ministri o Ministeri direttamente interessati alla realizzazione dell'opera; b) un Consiglio regionale o una Provincia o una Città metropolitana o un Comune capoluogo di provincia territorialmente interessati dall'intervento; c) uno o più consigli comunali o unioni di comuni territorialmente interessati dall'intervento, se complessivamente rappresentativi di almeno 100.000 abitanti; d) almeno 50.000 cittadini elettori nei territori in cui è previsto l'intervento; e) almeno un terzo dei cittadini elettori per gli interventi che interessano le isole con non più di 100.000 abitanti e per il territorio di comuni di montagna. Il dibattito pubblico può avere una durata non superiore ai quattro mesi a partire dalla data di pubblicazione del dossier di progetto. Questo termine è prorogabile da chi ha indetto la procedura per ulteriori due mesi, su iniziativa del coordinatore e laddove sussistano ragioni di comprovata necessità.

(54) Le categorie di opere sottoposte al dibattito pubblico sono esplicate nell'Allegato 1 del su indicato decreto attuativo. In particolare, si tratta di opere che superano determinate soglie dimensionali, per le quali il legislatore ha ritenuto che tale procedura debba essere obbligatoriamente avviata, stante l'impatto che le stesse hanno sul territorio sul quale verranno realizzate.

Queste soglie sono diminuite del 50% se l'opera è inclusa, anche parzialmente, in beni del patrimonio naturale o culturale UNESCO o zone contigue UNESCO, parchi naturali nazionali o regionali, aree marine protette.

(55) Istituita con d.m. 627/2020.

tenze più pregnanti rispetto a quelle meramente organizzative e pertanto, ben si comprende come la stessa ha assunto un ruolo centrale nell'intera procedura, sia di tipo direttivo che di tipo regolatorio.

In generale, il dibattito pubblico è una procedura partecipativa già prevista in altri ordinamenti, in particolare in quello francese, ove la *loi 95-101* statuisce che tutti i grandi progetti infrastrutturali di interesse nazionale, prima di essere sottoposti a valutazione di impatto ambientale o inchiesta pubblica, devono formare oggetto di *débat public*; tale dibattito riguarda gli obiettivi e le caratteristiche principali dei progetti ed è organizzato dalla *Commission Nationale du Débat Public* (CNDP).

Sul modello francese, rappresenta quel modello di procedimento amministrativo che realizza un confronto tra il proponente l'opera ed i soggetti pubblici e privati ad essa interessati e coinvolti dai suoi effetti e che è finalizzato a far emergere eventuali più soddisfacenti soluzioni progettuali ed a disinnescare il conflitto potenzialmente implicito in qualsiasi intervento che abbia un impatto significativo sul territorio (56).

In questo senso, dà piena attuazione al principio di democrazia partecipativa (57), permettendo agli interessati di esprimere "direttamente" la propria volontà, opinioni, aspettative. Ciò determina, tra l'altro, diversi vantaggi. Il primo è la riduzione del contenzioso: risulta evidente come il dibattito pubblico dovrebbe consentire l'adozione di scelte condivise e partecipate, evitando il proliferare di contenziosi durante la fase di approvazione dei progetti. Il secondo consiste nella riduzione dei costi e, soprattutto, dei tempi di realizzazione delle opere.

Sotto il profilo soggettivo, il comma 1 dell'art. 22, nell'indicare i soggetti che possono (o devono ricorrere) alla procedura del dibattito pubblico, fa riferimento sia alle amministrazioni aggiudicatrici che agli enti aggiudicatori.

Assume, poi, un ruolo di rilievo la figura del coordinatore, al quale è assegnata la progettazione e conduzione del dibattito pubblico e che deve svolgere le attività affidate con responsabilità e autonomia professionale. Lo stesso deve avere requisiti di attestata esperienza e competenza nella direzione di processi partecipativi e nella gestione ed esecuzione di attività di programmazione e pianificazione in materia infrastrutturale, urbanistica, territoriale e socioeconomica. L'imparzialità della figura è garantita dal fatto che lo stesso dev'essere esterno all'amministrazione aggiudicatrice e non dev'essere né residente, né domiciliato nel territorio in cui verrà realizzata l'opera. Il coordinatore è individuato dal Ministro competente per materia tra i suoi dirigenti.

(56) Definizione della Corte Cost. sent. 14 dicembre 2018/235.

(57) Sulla democrazia partecipativa cfr. G. DI GASPARÈ, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in cammino*, 30 settembre 2017; in tema vedi anche U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, 2010.

Se, però, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore è un Ministero, lo stesso è nominato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri tra dirigenti pubblici estranei al Ministero interessato.

A questi soggetti è assegnata la stesura dei documenti che riguardano il dibattito. Nel dettaglio, l'amministrazione aggiudicatrice deve redigere il *dossier* del progetto e il *dossier* conclusivo (fase di iniziativa e fase decisionale), mentre il coordinatore deve realizzare il documento di progetto e la relazione conclusiva, avendo cura di individuare i temi del dibattito, il calendario degli incontri, le modalità di partecipazione e la comunicazione al pubblico.

Ai fini dell'instaurazione del contraddittorio, assumono notevole importanza gli adempimenti di pubblicità affidati al coordinatore, che attua il piano di comunicazione e informazione al pubblico ed è responsabile della pianificazione e degli aggiornamenti della pagina internet del dibattito pubblico. In particolare, l'avvio del dibattito va comunicato dall'amministrazione aggiudicatrice alla Commissione e alle amministrazioni territoriali interessate, ai fini della pubblicazione, da effettuarsi nel termine di sette giorni dalla richiesta, sul sito internet della Commissione e sui siti delle amministrazioni locali coinvolte dall'intervento.

La partecipazione alla procedura è estesa, senza limiti, a tutti i "portatori di interesse" (ad es. comitati di cittadini), di modo che sia dato ascolto alle ragioni dei residenti di quei territori che dovrebbero ospitare opere potenzialmente lesive della salute, dell'ambiente e del paesaggio. L'impostazione appena descritta si pone in un rapporto di perfetta simmetria con quella di cui all'art. 7, e soprattutto, di cui all'art. 9 della legge 241/1990, nella parte in cui la legge generale sul procedimento non solo legittima all'intervento coloro i quali sono nella possibilità di subire un pregiudizio dal provvedimento conclusivo del procedimento in corso, ma anche i soggetti "*nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti*" (58).

Certamente gli enti e gli altri soggetti ammessi al dibattito hanno il diritto di essere ascoltati e di esprimere opinioni, ma non hanno anche il potere né il diritto di decidere se e come realizzare l'opera. La decisione, in ogni caso spetta all'amministrazione proponente.

Secondo quanto spiega il Codice, "*gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico*". Segue un obbligo di motivazione, forma-

(58) Come giustamente sottolinea G. COLAVITTI, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in *Amministrazione in Cammino*, del 9 aprile 2020, pag. 11, "*La ratio della previsione appare ragionevolmente essere quella di consentire a tutti coloro che possono comunque subire delle conseguenze dal procedimento in corso, di "far presente" (rappresentare, appunto) la propria posizione rispetto alla decisione da assumere, o comunque addurre elementi utili ai fini della deliberazione dell'autorità decidente*".

lizzato nel decreto attuativo (art. 7, comma 1, lett. a, DPCM cit.), laddove nel *dossier* conclusivo redatto a cura dell'amministrazione saranno doverosamente esplicitate “*le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte*”.

Come rilevato da attenta dottrina (59), un istituto, espressione diretta della democrazia partecipativa, dovrebbe rendere vincolanti i risultati del confronto. Se questa riflessione è assolutamente coerente con le finalità del dibattito pubblico, essa va comunque bilanciata con altre esigenze, specie quelle di buon andamento, efficacia, economicità e non aggravamento del procedimento amministrativo (ex art. 97 Cost. e art. 1 l. 241/90).

6. *Procedimenti espropriativi.*

Il caso dei procedimenti espropriativi (*rectius* ablatori) è particolarmente interessante perché in parte sono esclusi dal capo III per la specificità delle norme contenute nel testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità, in parte vengono integrati proprio dalle norme di cui alla l. 241 citata.

Il concetto generale risale ai provvedimenti amministrativi dichiarativi di c.d. individuazione del vincolo espropriativo, rappresentati dalla dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza contenuta spesso nell'approvazione di un progetto di opera pubblica. Dispone, infatti, l'art. 11 del d.P.R. 327/2001 (“la partecipazione degli interessati”) che va sempre inviato l'avviso di inizio del procedimento, sia nel caso dell'adozione di una variante al piano regolatore per la realizzazione di una singola opera pubblica; sia nel caso in cui il vincolo preordinato all'esproprio sia richiesto dallo stesso interessato ovvero su iniziativa dell'amministrazione competente all'approvazione del progetto mediante conferenza di servizi, accordo di programma, intesa o anche altro atto di natura territoriale, che in base alla legislazione vigente, comporti la variante al piano urbanistico.

Ai sensi dell'art. 11, comma 2, l'avviso di inizio del procedimento deve precisare dove e con quali modalità può essere consultato il piano progetto. Gli interessati possono formulare entro i successivi 30 giorni “osservazioni” che vengono valutate dall'autorità espropriante ai fini delle definitive determinazioni. È appena il caso di aggiungere che anche quando la partecipazione al procedimento presenti forme di contraddittorio c.d. “indebolito” l'interessato può sempre impugnare direttamente l'atto dichiarativo della pubblica utilità presso il competente T.a.r.

Forme di contraddittorio sono previste anche per il procedimento provvisorio, che normalmente precede l'approvazione del progetto definitivo (vedi art. 16, comma 10) (60). Così pure forme di contraddittorio sono previste nel-

(59) Si veda a proposito A. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dibattito pubblico indietro tutta*, in *ApertaContrada. Riflessioni su società, diritto, economia*.

l'ambito del procedimento provvisorio che normalmente precede il provvedimento espropriativo (c.d. occupazione d'urgenza). Infatti, il proprietario e gli altri interessati hanno il diritto di presenziare alle operazioni di immissione in possesso del bene, di redazione dello stato di consistenza degli immobili da espropriare e così avviene anche in ordine alla notifica del decreto di esproprio; in ogni caso possono sempre presentarsi "osservazioni" (art. 23, comma 3) (61).

In conclusione, non si può certamente affermare che nei procedimenti ablatori reali (occupazione, espropriazione imposizione di servitù etc.) sia assente un diritto all'esercizio del contraddittorio. Si tratta piuttosto di appurare quanta parte sia assoggettata a specifiche disposizioni in deroga all'applicazione del capo III e quanta, invece, venga opportunamente integrata dalle disposizioni del capo medesimo.

7. *Procedimenti tributari.*

L'articolo 13, secondo comma della l. n. 241/90, esclude dall'ambito di applicazione del capo III altresì i procedimenti tributari, precisando che per essi restano ferme le particolari norme che li regolano.

La *ratio* della disposizione, come si chiariva in premessa, non è quella di esentare un gruppo di procedimenti amministrativi dall'esercizio del diritto al contraddittorio in termini assoluti, ma di sottrarli esclusivamente dal modulo partecipativo di cui agli artt. 7 e seguenti della l. n. 241/90. In ragione delle loro caratteristiche, il legislatore detta specifiche discipline atte a regolare le modalità di partecipazione degli interessati all'attività pubblica.

Per quanto sia pacifico che l'imposizione tributaria sia manifestazione della potestà amministrativa, le peculiarità di questa attività - prima tra tutte la natura vincolata del potere esercitato (62) - non ammettono una estesa applicazione della legge generale del procedimento amministrativo. Invero, la materia tributaria è retta da leggi speciali, che contengono una regolamentazione dettagliata e minuziosa, non sempre compatibile con la *ratio* garantistica della legge n. 241/1990 (63).

Va detto, peraltro, che la giurisprudenza di Cassazione è incline ad am-

(60) Testualmente: "Il proprietario e ogni altro interessato possono formulare osservazioni al responsabile del procedimento, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione o dalla pubblicazione dell'avviso".

(61) Di seguito il testo della norma "la notifica del decreto di esproprio può avere luogo contestualmente alla sua esecuzione. Qualora vi sia l'opposizione del proprietario o del possessore del bene, nel verbale si dà atto dell'opposizione e le operazioni di immissione in possesso possono essere differite di dieci giorni".

(62) Secondo L. PERRONE, *La disciplina del procedimento tributario nello Statuto del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2009, 569 ss. "L'assenza di discrezionalità giustificerebbe una netta differenziazione tra procedure tributarie e procedimento amministrativo, rendendo inapplicabili alla materia tributaria la l. n. 241/1990".

(63) Per approfondire G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2022.

mettere l'applicabilità della l. 241/1990 alla materia tributaria ritenendo, in linea generale, che “*i principi generali dell'attività amministrativa, stabiliti dalla l. 241/1990, si applicano, salva la specialità, anche per il procedimento amministrativo tributario in quanto sul piano normativo generale si deve tener presente che il procedimento amministrativo, anche quello tributario, è la forma della funzione e che il potere di adottare l'atto amministrativo finale è solo l'esercizio terminale di un potere che è stato frazionato, in conformità alle norme, ispirate alla natura delle cose, sul procedimento, e quindi sulla divisione del potere amministrativo, anche nel potere di iniziativa*” (64).

Il procedimento tributario è normato dallo Statuto del Contribuente (legge n. 212/2000), le cui disposizioni, ai sensi dell'art. 1 della stessa legge, costituiscono attuazione degli artt. 3, 23, 53 e 97 della Costituzione ed assurgono a principi generali dell'ordinamento tributario. Tuttavia, diversamente da quanto accade per il procedimento amministrativo, ove il contraddittorio è attentamente disciplinato, alcuna disposizione né dello Statuto del contribuente, né di altra legge dell'ordinamento tributario, sancisce, in via generale, il diritto del contribuente al contraddittorio amministrativo.

Dunque, si pone il problema di individuare quali sono le “*particolari norme*” che regolano la partecipazione nel procedimento tributario.

Invero, lo Statuto del contribuente, pur senza contenere nessuna disposizione di carattere generale, ha introdotto nell'ordinamento alcuni importanti istituti partecipativi, in chiave difensiva, tra cui l'obbligo degli uffici, a pena di nullità dell'iscrizione a ruolo, a seguito di liquidazione della dichiarazione, di invitare il contribuente a fornire chiarimenti o documenti prima di procedere all'iscrizione stessa (art. 6, co. 5, l. n. 212/2000) ed il diritto del contribuente di presentare deduzioni difensive dopo la notifica del processo verbale di constatazione, deduzioni che l'ufficio deve valutare (anche se sembrerebbe che dalla inosservanza di questa prescrizione non possa derivare la nullità dell'atto di accertamento, poiché la norma non la prevede) prima di emettere l'atto di accertamento (art. 12, co. 7, l. n. 212/2000). Proprio su quest'ultima disposizione e sulla portata applicativa si è concentrato maggiormente il dibattito nazionale giurisprudenziale (65).

Merito dello Statuto è anche l'aver espresso principi di carattere generale - come quello che riconosce il diritto del contribuente ad una piena informazione ed i principi di buona fede e di collaborazione tra contribuente ed amministrazione - decisivi anche al fine di garantire l'effettività della partecipazione e del contraddittorio attraverso gli specifici istituti previsti dal legislatore (66).

(64) Cass. Civ., sez. V, 1236/2006.

(65) V. FORTUNATO, *Il contraddittorio endoprocedimentale tributario tra diritto interno e diritto comunitario* in *Riv. Cammino Diritto*, ISSN 2532-9871, Fasc. 01/2017.

La mancanza di una disposizione di carattere generale sulla partecipazione del contribuente induce ad affermare che la stessa è consentita solo attraverso i singoli strumenti partecipativi previsti da disposizione fiscali di carattere specifico. Il “giusto procedimento” in tutte le sue accezioni troverebbe pertanto espressione nell’ordinamento solo se e in quanto il legislatore abbia previsto specifici istituti diretti a garantire la piena tutela di tutte le parti coinvolte.

Tale conclusione non vale in ambito europeo, ove la giurisprudenza prima ed il legislatore poi, hanno cristallizzato il principio del contraddittorio endoprocedimentale anche nei riguardi dei procedimenti tributari.

La parabola evolutiva del principio del contraddittorio ha il proprio abbrivio nella sentenza della CGUE *Sopropé* del 2008. I giudici affermavano che il contraddittorio è un principio fondamentale del diritto dell’Unione europea “*che trova applicazione ogni qualvolta l’amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto lesivo. In forza di tale principio, i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l’amministrazione intende fondare la sua decisione. A tal fine essi devono beneficiare di un termine sufficiente*” (67).

Successivamente il principio del contraddittorio ha assunto una valenza sostanziale e non meramente formale, nel senso che “*la decisione adottata in violazione del principio del rispetto dei diritti della difesa comporta l’annullamento della decisione soltanto quando senza tale violazione, il procedimento avrebbe potuto condurre ad un risultato differente*” (CGUE - *Kamino*) (68). La violazione degli obblighi sulla partecipazione del contribuente al procedimento tributario potrebbe comportare anche l’annullamento dell’avviso di accertamento purché il contribuente dimostri che il suo coinvolgimento nel procedimento tributario avrebbe potuto condurre ad un esito diverso.

In conclusione, in ambito giurisprudenziale europeo, è certo che sussiste un obbligo dell’amministrazione finanziaria di consentire la partecipazione del contribuente al procedimento tributario. Il diritto viene sostanzialmente ricondotto all’articolo 41 CDFUE che delinea il principio del giusto procedimento, e nel farlo, prevede, oltre al diritto di accesso ad un determinato

(66) Si veda ampiamente L. SALVINI, *Procedimento amministrativo* (dir. trib.), in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, 4531.

(67) CGUE, 18 dicembre 2008, n. C-349/07, *Sopropé*, in *Rass. Trib.*, 2009, 570, con nota di G. RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario* e in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, 210, con nota di A. MARCHESELLI, *Il diritto al contraddittorio nel procedimento amministrativo tributario è diritto fondamentale del diritto comunitario*.

(68) CGUE, 3 luglio 2014, cause riunite C-129/13 e C-130/13, *Kamino e Datema*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2014, 838, con nota di R. IAIA, *I confini di illegittimità del provvedimento lesivo del diritto europeo al contraddittorio preliminare*.

fascicolo e a una decisione motivata, anche il diritto ad essere ascoltati prima dell'adozione di un provvedimento lesivo (69).

L'obbligo di attivare il contraddittorio incombe sulle Amministrazioni finanziarie degli Stati membri limitatamente ai procedimenti relativi ai tributi armonizzati (ad es. IVA); laddove per i tributi nazionali (si pensi all'IRPEF), restano ferme le disposizioni fiscali di diritto interno. Da ultimo la giurisprudenza di legittimità ha emesso il seguente principio di diritto: *“differentemente dal diritto dell'Unione europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all'Amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, la invalidità dell'atto. Ne consegue che, in tema di tributi “non armonizzati”, l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l'invalidità dell'atto, sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi per le quali siffatto obbligo risulti specificamente sancito; mentre in tema di tributi “armonizzati”, avendo luogo la diretta applicazione del diritto dell'Unione, la violazione dell'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale da parte dell'Amministrazione comporta in ogni caso, anche in campo tributario, l'invalidità dell'atto purché in giudizio il ricorrente assolva l'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato, e che l'opposizione di dette ragioni si riveli non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e di buona fede ed al principio di lealtà processuale, sviamento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto”* (70).

Le Sezioni Unite, dopo aver negato l'immanenza di un obbligo generalizzato di contraddittorio, e quindi la possibilità di considerare l'art. 12, comma 7 dello Statuto come fonte di esso, delineano una duplicità di regime giuridico: da un lato i procedimenti relativi a tributi armonizzati e dall'altro i procedimenti relativi a tributi non armonizzati. Relativamente a questi vi sarà un obbligo di attivazione del contraddittorio endoprocedimentale ogni qualvolta ciò sia previsto dalla norma specifica, la quale, definisce altresì le conseguenze giuridiche, in termini di validità dell'atto, in caso di violazione dell'obbligo in questione. Pertanto, a tali procedimenti non si applicherà il diritto europeo (71).

L'orientamento della Suprema Corte, per quanto ben argomentato, non può essere condiviso. *In primis*, come avvertito da attenta giurisprudenza (72),

(69) CGUE, 22 novembre 2012, n. C-277/11.

(70) SS.UU., n. 24823, 9 dicembre 2015.

(71) V. FORTUNATO, *Il contraddittorio endoprocedimentale tributario tra diritto interno e diritto comunitario* in *Riv. Cammino Diritto*, Fasc. 01/2017.

una distinzione tra tributi potrebbe essere fonte di irragionevoli discriminazioni in relazione alle tutele applicabili. *In secundis*, la soluzione prospettata finisce per svalutare le potenzialità dell'articolo 97 della Costituzione, norma dalla quale far discendere l'affermazione generalizzata del principio del contraddittorio endoprocedimentale (73).

È estremamente significativa la recente pronuncia della Consulta, con la quale è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 12, comma 7 della l. 212/2020, rispetto all'art. 3 della Costituzione. Ad avviso del giudice *a quo*, infatti, il sistema procedimentale tributario sarebbe caratterizzato da un'ingiustificata disparità di trattamento tra le verifiche precedute da accessi *in loco* di cui all'art. 12, comma 7 e le verifiche "a tavolino", sottratte all'obbligo di un contraddittorio preventivo con il contribuente. Sebbene la Corte Costituzionale abbia messo ben evidenza la frammentarietà delle norme sul contraddittorio, segnala allo stesso tempo l'esistenza di un percorso evolutivo tale per cui l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale non costituisce più un'ipotesi residuale, ma aspira ad assurgere a principio generale, anche in ambito tributario. Pertanto, si esorta il Parlamento a generalizzare il principio del contraddittorio preventivo con il contribuente, espressione del principio costituzionale di "giusto procedimento", criterio di orientamento non solo per l'interprete, ma prima ancora per il legislatore (74).

8. *Procedimenti previdenziali.*

Anche gli enti previdenziali, in qualità di enti di diritto pubblico, agiscono in pieno regime di diritto amministrativo. Naturale conseguenza di tale affermazione è l'applicazione della legge generale sul procedimento amministrativo.

In proposito, l'INPS - con deliberazione n. 36 del 30 maggio 1991 - ha adottato il regolamento di attuazione della l. 241/1990, destinato a trovare applicazione in tutti i procedimenti amministrativi che prendono avvio d'ufficio

(72) CTR Toscana, ordinanza 736/2016. È stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 7, dello statuto del contribuente rispetto agli articoli 3, 24, 53, 111, 117 della Costituzione, nella parte in cui si riconosce al contribuente il diritto a ricevere copia del processo verbale di constatazione, da cui decorrono 60 giorni per le controdeduzioni per le sole ipotesi di verifica *in loco* presso la sede in cui si svolge l'attività del contribuente.

(73) Già Cons. di Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, "l'avviso d'avvio del procedimento amministrativo ex art. 7, 1° comma, L. 7 agosto 1990 n. 241, costituisce principio generale dell'ordinamento ed è strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, onde non tollera interpretazioni che ne limitino arbitrariamente l'applicazione generalizzata a tutti i procedimenti, anche vincolati, perché la partecipazione al procedimento ha la sua ragion d'essere pure quando i presupposti dell'atto da adottare, pur se stabiliti in modo preciso e puntuale dalla legge, richiedano comunque un accertamento, nel cui ambito si deve garantire il contraddittorio con il privato".

(74) Corte Cost., 21 marzo n. 47/2023.

o su istanza di parte finalizzati all'adozione di un provvedimento amministrativo. Le recenti modifiche apportate dal c.d. decreto semplificazioni (d.l. 76/2020 conv. in l. 120/2020) hanno imposto una modifica e/o integrazioni delle disposizioni regolamentari, specie in materia di termini di conclusione dei procedimenti amministrativi.

In particolare, l'art. 5 è stato aggiornato alla luce del novellato art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, che *expressis verbis* esclude dall'obbligo di tempestiva comunicazione all'istante dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda le procedure concorsuali e i procedimenti in materia previdenziali e assistenziale, sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

Le ragioni di una simile esclusione sono diverse (75): *in primis*, l'instaurazione di un contraddittorio per ciascun procedimento avviato su istanza di parte rischierebbe di paralizzare l'attività dell'ente, vista la rilevante mole di procedure in corso; *in secundis*, non meno rilevante è la natura (vincolata) del potere esercitata dagli enti previdenziale, che finirebbe, addirittura, per rendere inutile la disposizione in parola (76).

9. La tutela del contraddittorio negli accordi di cui all'art. 11.

La problematica relativa all'interferenza della disciplina degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento è nata dall'inserzione del comma 1-*bis*, sui c.d. accordi procedimentali, nel testo dell'art. 11 l. 241/1990, che prescrive: “*al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri in cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati*” (77).

Il solo fatto che la norma citi testualmente il termine “controinteressati” fa rientrare, in un certo senso, la fattispecie quantomeno nei principi generali della legge sul procedimento; infatti, il campo di azione della norma è molto ampio, potendo riguardare sia provvedimenti attuativi di atti amministrativi generali, come le convenzioni di lottizzazione (78), sia provvedimenti edilizi, quali il permesso di costruire.

Sembra, invece, meno frequente l'applicazione dell'istituto del contraddittorio ai c.d. accordi sostitutivi di provvedimento. In proposito, alcuni Autori

(75) Le ragioni dell'esclusione non convincono del tutto la dottrina: A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, pag. 228; F. LA CAVA, *La comunicazione preventiva dei motivi che ostano all'accoglimento di un'istanza di parte: un'anticipazione del contraddittorio alla fase precedente il provvedimento in chiave deflativa del contenzioso*, in *Amministrazione in cammino*, pag. 4.

(76) CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. 241/1990*, parte II, p. 3, su www.giustamm.it.

(77) Comma inserito dall'art. 3 *quinquies*, D.L. 12 maggio 1995, n. 163, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 luglio 1995, n. 273.

(78) Cons. di Stato, sez. IV, n. 2355/2008.

hanno lucidamente rappresentato i rapporti tra le fattispecie consensuali di cui all'art. 11 e la partecipazione di cui al comma 1 della norma. Infatti, osservano “come la stipulazione di entrambe le tipologie di accordi abbia luogo “in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10” (79).

Del resto, non casualmente, il legislatore colloca gli accordi *de quibus* nel capo III della legge 241/90 rubricato “partecipazione al procedimento amministrativo”. Invero l'inclusione della disciplina degli accordi amministrativi nel capo della legge sul procedimento, dedicato alla partecipazione non può non subire un influsso di tale istituto: la partecipazione svolge, infatti, la funzione di mezzo di difesa del cittadino, ovvero in misura maggioritaria, di strumento di collaborazione del privato con la pubblica amministrazione, avente la finalità del migliore perseguimento dell'interesse pubblico (80). Riassumendo quindi sembra di poter delineare nella ricostruzione della natura giuridica degli accordi integrativi e sostitutivi di procedimenti di cui all'art. 11 della l. 241/1990 ben tre istituti:

a) L'istituto partecipativo in senso puro, cioè quello che si esprime in osservazioni e proposte (art. 11, comma 1) e che può riguardare una pluralità indeterminata di soggetti e che attiene agli apporti collaborativi;

b) il contraddittorio c.d. interno tra soggetto che vuole concludere un accordo e la pubblica amministrazione competente, al quale si applicano in via analogica tutti gli istituti del capo III;

c) un contraddittorio c.d. esterno da parte dei soggetti controinteressati, ipotesi frequente quando viene messa a disposizione un bene pubblico scarso per cui non è possibile accontentare tutti portatori di interesse.

Per completezza, si ricorda che l'art. 15 prevede che anche al di fuori delle ipotesi disciplinate all'art. 14, le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. Sembra che sia difficile, se non impossibile, applicare in questo caso l'istituto del contraddittorio. Infatti, come insegna la giurisprudenza a proposito della loro natura giuridica “le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo in posizione di equidistanza, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune” (81). La diversità di posizione si riflette anche nella fase contenziosa, infatti, secondo i commentatori, “ne deriva che le controversie insorte nelle fasi di formazione, conclusione, ed esecuzione degli accordi,

(79) È la chiosa contenuta nel Codice amministrativo commentato, diretto da CARINGELLA, Milano, 2022, ad opera di LUIGI TARANTINO, *sub* art.11.

(80) Cfr. TARANTINO, *op. cit.*, nel testo, pag. 764 che cita D'ANGIOLILLO *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009.

(81) Così Cons. Stato, sez. V, n. 3145/2014; Cons. Stato, sez. VI, n. 3202/2012, Cons. Stato, sez. V, n. 4952/2008.

quand'anche in presenza di un accertamento dell'adempimento contrattuale, sono devolute alla giurisdizione esclusiva *ex art. 133, comma, 1 lettera a), n. 2 del d.lgs. 104/2010* (82).

10. Collegamenti dell'art. 13 col diritto di accesso di cui all'art. 22.

L'art. 24 della legge sul procedimento amministrativo (“esclusione dal diritto di accesso”) esonera dal diritto di accesso ben tre categorie di procedimenti che sono collegati all'art. 13: lett. b) *procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano* (interpello); lett. c) *attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione, di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione* (83). Tuttavia, il recente inserimento dell'istituto del dibattito pubblico nell'ambito delle misure di attuazione del PNRR e l'art. 40 della seconda bozza del nuovo codice dei contratti potrebbero aprire a forme di informazione collettiva anche telematica, quale presupposto necessario ed indispensabile del dibattito stesso; lett. d) *procedimenti selettivi nei confronti di documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi*. Questa norma si collega indirettamente alla disciplina del d.lgs. 119/1993, in materia di cambiamento delle generalità per i collaboratori di giustizia e più in generale con le garanzie offerte dalla disciplina della *privacy*.

A parte si colloca il divieto di accesso per il segreto (lett. a), istituto che per se stesso esclude la possibilità di contraddittorio. Tuttavia, “la giurisprudenza non ritiene che la limitazione all'esercizio del diritto di accesso, quale facoltà della partecipazione, nei procedimenti elencati all'art. 13 debba automaticamente estendersi all'accesso previsto dell'art. 24, essendo quest'ultimo preordinato ad una finalità di difesa giurisdizionale dei propri interessi” (84).

11. Conclusioni generali.

Alla fine di questa necessariamente breve analisi, pare di poter affermare con ragionevole fondamento che comunque tutte le fattispecie sopra considerate debbano rispettare i principi generali contenuti nell'articolo 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, cioè trasparenza, pubblicità, imparzialità, proporzionalità, collaborazione e buona fede (c.d. affidamento), a maggior ragione se si considera che, a parere di illustre dottrina e consolidata giurisprudenza, essi non sono altro che un irrobustimento delle garanzie già consacrate nella Carta Costituzionale (85). Non solo, anche i principi generali

(82) Così Cass., SS.UU., n. 5923/2011.

(83) Si rimanda ai paragrafi che precedono.

(84) Così M.C. ROMANO, cit., pp. 436 ss. Per la giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2012, n. 1816 in *Foro amm.*; Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 453 in www.giustiziaamministrativa.it.

o particolari imposti dal diritto europeo, sia a livello generale del diritto originario (TUE, TFUE, CEDU) sia a livello di diritto derivato (convenzioni, regolamenti, direttive, decisioni). Non è un caso che nel diritto vivente, rappresentato dalla giurisprudenza soprattutto amministrativa, tali atti generali vengono annullati proprio in quanto lesivi dei suddetti principi generali a prescindere da vizi formali quale l'eventuale difetto o insufficienza della motivazione. In altri termini, il controllo sulla legittimità di atti e provvedimenti (articolo 29 del c.p.a.) tende a trasformarsi in un controllo sulla legalità sostanziale; e così l'oggetto del giudizio amministrativo, da verifica della legittimità del potere esercitato, all'accertamento del rapporto. Proprio ai fini di tale accertamento si deve concludere che il rispetto del principio del contraddittorio - nella fase di gestione del procedimento amministrativo - gioca un ruolo fondamentale anche a proposito delle fattispecie di cui all'articolo 13 della legge 241/90. In definitiva e prendendo posizione sul quesito formulato in premessa (il principio del contraddittorio amministrativo trova applicazione indiscriminatamente in qualsiasi tipo di procedimento pubblico ovvero in taluni procedimenti subisce delle eccezioni?), si sostiene che il contraddittorio, quale principio di rango costituzionale, non soffre delle vere e proprie deroghe, quanto piuttosto degli adeguamenti dettati dalla natura del potere esercitato, della funzione svolta e, dunque del tipo di procedimento in esame, secondo il principio di differenziazione. Una diversa interpretazione appare contraria ai principi di democrazia partecipativa (artt. 1-3 Cost.), e di rispetto delle situazioni giuridiche soggettive (artt. 24-113 Cost.).

(85) S. CASSESE, *Passato presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1994, p. 2401, secondo cui "la legge sul procedimento non è altro che una parte della Costituzione". Allo stesso modo, G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992. In giurisprudenza, si veda Cons. Stato, Ad. Gen., parere 19 febbraio 1987, n. 7.