

**Università degli Studi di Napoli
Federico II**

Facoltà di Giurisprudenza

**Tesi di dottorato
in**

*Filosofia del diritto, Diritti dell'Uomo e delle Libertà
Religiose*

(XVIII Ciclo)

**La buona amministrazione
tra diritti fondamentali ed innovazione
tecnologica**

**Coordinatore
Ch.mo Prof. Antonio Punzi**

**Candidato
Dr. Raimondo Nocerino**

INDICE

Introduzione	p. 4
---------------------	------

I. Simmetrie ed asimmetrie: categorie di pubblico e privato nell'ordinamento italiano

1. La prospettiva del diritto unitario	p. 9
2. Teoria e prassi della funzione amministrativa prima della legge n. 241/90	p. 21
2.1. Segue	p. 23
3. La partecipazione procedimentale nella legge n. 241/90	p. 30
3.1. Una rinnovata geometria	p. 39
3.2. La rivoluzione "fallita" e la successiva restaurazione dell' "autoritarismo" tra anticipazioni giurisprudenziali e conferme legislative	p. 46
3.3. La legge 2 febbraio 2005 n. 15 e la legge 14 maggio 2005 n. 80: il compimento della restaurazione	p. 59
4. Conclusioni	p. 67

II. La Corte Europea dei diritti dell'uomo nella globalizzazione: la dignità umana come fondamento della buona amministrazione

1. Premesse metodologiche	p. 72
2. Profili storici dell'idea dell'espansione del potere giudiziario	p. 73
3. L'espansione globale del potere giudiziario	p. 78
4. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come giudice globale	p. 86
5. La circolazione dei valori nello spazio giuridico globale	p. 93
6. Dalla rete ad una possibile gerarchia?	p.102

7. La buona amministrazione nel prisma della giurisprudenza della Corte di Strasburgo p. 105

III. Processo costituente, diritti fondamentali e buona amministrazione: questioni di legittimazione

1. Premesse p. 122
2. Diritti fondamentali e processo costituente europeo: i referendum di Francia ed Olanda p. 125
3. La cultura dei diritti fondamentali come indice dell'identità europea? p. 137
4. Legittimazione attraverso diritti umani? p. 145
5. Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria p. 149

IV. Comunicazione ed informazione nell'era digitale: prospettive e rischi della tecnosovranità

1. Società civile e democrazia partecipativa p. 160
2. E-Government e E-Democracy: l'infrastruttura della partecipazione p. 168
3. E-Government: la trasformazione del cittadino in cliente? p. 176
4. Brevi cenni sull'E-Democracy p. 189

Conclusioni p. 197

Bibliografia p. 210

INTRODUZIONE

“Buona Amministrazione” è la denominazione che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea ha assegnato ad un complesso di prerogative vantate da ogni *persona* nei confronti degli Organi dell’Unione Europea, allorché gli stessi si trovino ad esercitare funzioni amministrative che incidono sulle relative posizioni giuridiche.

Si tratta, in sostanza, di un contenuto minimo di garanzie che, aggiungendosi al classico contenuto della dimensione politica della cittadinanza, concorre a costituire lo statuto di cittadinanza amministrativa europea.

A coloro che studiano il tema degli equilibri democratici della relazione tra cittadini e pubblica amministrazione non è sfuggita la portata innovativa di questo *nuovo* diritto fondamentale. Non solo perché nei tradizionali cataloghi dedicati ai diritti umani non si rinviene l’affermazione di un tale diritto. Ma, soprattutto, perché esso getta una rinnovata luce su di un rapporto caratterizzato, continuamente, da contraddittorie ed altalenanti aperture e chiusure rispetto alla stessa possibilità che i cittadini, abbandonando la condizione anomica riconosciuta loro dalla tradizione politica hobbesiana, si facciano parte attiva per la individuazione ed il conseguimento degli interessi pubblici e dunque del bene comune.

Parlare di contraddizioni mi pare tanto più esatto ove si consideri che, ad una tendenza sempre più marcata che vuole utilizzato nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione il modulo contrattuale in luogo di quello provvedimentale, si contrappone una tendenza normativa volta ad

escludere la partecipazione del cittadino dai processi decisionali della pubblica amministrazione.

Le recenti modifiche alla legge n. 241/90, legge generale sul procedimento amministrativo, introdotte dalla legge n. 15/05, ma già anticipate da dubbi orientamenti della giurisprudenza amministrativa, sembrano, infatti, aver ripristinato, nel nostro ordinamento giuridico, l'astratta ed infeconda idea dell'individuo propria della tradizione ottocentesca, la quale relegava il cittadino alla posizione di mero suddito, destinatario di decisioni assunte da un'amministrazione autoreferenziale, in grado di autoprogrammarsi nella selezione e nel perseguimento degli interessi pubblici.

In tale prospettiva, dunque, acquistano nuova problematicità gli sforzi compiuti da autorevole dottrina nel teorizzare la prospettiva di un diritto unitario idoneo al superamento della geometria legale che vede pubblico e privato agire su piani diversi se non addirittura contrapposti. Del pari, sembra svuotarsi di senso l'idea stessa di un cittadino attivo, capace di assumere le vesti di co-amministrante perché consapevole dell'incidenza dei propri comportamenti sulla comunità.

C'è allora da interrogarsi sulla individuazione di condizioni che, in assenza di una prospettiva, in ogni caso, paritaria di pubblico e privato, consentano di ristrutturare la geometria classica secondo criteri effettivamente democratici, sul presupposto che la partecipazione dell'interessato ai procedimenti che lo riguardano, e in generale del cittadino nell'elaborazione del *decision making*, integri condizione di legittimazione all'esercizio del potere amministrativo.

In realtà, in una prospettiva più ampia che si caratterizza per la crisi del diritto formale, per la moltiplicazione dei centri decisionali, non più soltanto nazionali, ma anche sovranazionali e internazionali, i compiti dell'amministrazione non sembrano più riducibili a quelli di attuare, in maniera espertocratica, i programmi decisionali fissati dal legislatore.

Il cambio di paradigma, che conduce da un'amministrazione vincolata alla legge ad un'amministrazione prestatrice di servizi, pone le pubbliche amministrazioni di fronte a sfide sempre più complesse, destinate a ruotare attorno a due esigenze consustanziali: quella di garantire efficienza rispetto alla quantità di decisioni da assumere e quella di ottenere riconoscimento da parte degli amministrati in relazione al contenuto, sempre più incerto, delle stesse decisioni.

A tali esigenze, recentemente si ritiene di poter far fronte con la prospettiva di un impiego, integrale, delle potenzialità delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione: in tal senso, E-Government ed E-Democracy vengono usualmente indicate, specie a livello di amministrazione locale ed in base ai principi di sussidiarietà, come chiavi di volta funzionali ad assicurare risposte immediate ed efficienti, trasparenza e partecipazione informata.

Si tratta di capire, peraltro, se una visione cyber-ottimistica delle opportunità che l'amministrazione in rete offre, abbia compiutamente fatto i conti con nuovi rischi di auto-legittimazione tecnocratica del potere stesso e se un uso di tali tecnologie, non concepito come meramente strumentale, ma addirittura sostitutivo di istituti ed istituzioni tradizionali, sia in grado di garantire piena ed effettiva partecipazione ed inclusione dei cittadini nei

processi decisionali. Il rischio è che l'impiego distorto e totalizzante dell'E-Government preluda alla creazione, da parte dell'amministrazione, di modelli di cittadini da fidelizzare al marchio pubblico attraverso l'allocazione di prodotti e servizi secondo schemi che ricordano strategie di marketing.

Il presente lavoro tenta dunque di inquadrare i paradigmi entro i quali l'utilizzo delle nuove tecnologie si presta ad una integrazione democratica tra decisori pubblici e destinatari privati.

La complessità della società attuale non si governa, infatti, funzionalisticamente, riducendo il cittadino ad "informazione", ma incentivando il dialogo e la comunicazione tra pubblico e privato, consentendo decisioni condivise e partecipate da chi rappresenta mezzo e fine dell'amministrazione stessa.

La ricerca tenterà di dimostrare, inizialmente, come nel nostro ordinamento giuridico le categorie di pubblico e privato, quali consegnateci dalla classica geometria legale, siano destinate a resistere nel tempo, essendo rimesso al legislatore ordinario il compito di determinare quantità e qualità della partecipazione civica ai procedimenti amministrativi.

La nostra Carta Costituzionale, infatti, conserva una visione "paternalistica" del sistema amministrativo, tale che netta è la sfiducia nel cittadino circa la sua capacità di contribuire, attivamente, al farsi stesso della funzione amministrativa. Successivamente, si proporrà un percorso che guardi alla dignità umana come fondamento del diritto dei cittadini di partecipare ai procedimenti amministrativi che li riguardano, analizzando la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo nell'ambito della

più ampia prospettiva del ruolo svolto dalla Corte di Strasburgo a livello del diritto globale e tentando di dimostrare, poi, come tale giurisprudenza abbia contribuito alla stessa affermazione del diritto ad una buona amministrazione comunitaria.

Lo spazio politico e giuridico comunitario – al cui processo costituente è dedicato il terzo capitolo della ricerca – sarà analizzato criticamente al fine di dimostrare che la recente bocciatura della Costituzione Europea, sia sintomatica del fatto che la legittimazione di istituzioni, in generale, e dei poteri amministrativi, in particolare, non discenda dall'attribuzione formale di diritti ai cittadini, ma trovi il proprio fondamento nella sperimentazione concreta di valori condivisi e nel coinvolgimento costante della società civile nei processi decisionali politici e amministrativi.

Infine, nella quarta ed ultima parte, si tratterà, proprio a partire dallo spazio comunitario, delle politiche elaborate a livello europeo e a livello nazionale per favorire l'impiego delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione nelle pubbliche amministrazioni, allo scopo di implementare il coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali, evidenziandone prospettive e rischi.

Diritti fondamentali ed innovazione tecnologia rappresentano, dunque, possibili coordinate rispetto alle quali ricostruire una relazione effettivamente democratica tra cittadini e pubblica amministrazione.

CAPITOLO I

SIMMETRIE ED ASIMMETRIE: CATEGORIE DI PUBBLICO E PRIVATO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO UNITARIO

L'entrata in vigore, pressoché contestuale, delle leggi 142/90¹ e 241/90², aveva suscitato, sin dall'inizio, acclamazioni entusiastiche da parte della dottrina. Le leggi di riforma avevano, infatti, profondamente ridisegnato un volto dello Stato tanto imprescrutabile e tanto inaccessibile alla Società Civile - l'organizzazione della macchina burocratica amministrativa - determinandone la sua apertura al cittadino.

È capitato, allora, che si sia gridato alla liberazione del cittadino, finalmente affrancato dalla “*miserrima condizione di amministrato*”³ ovvero al superamento del binomio *autorità – libertà*, in nome dell'affermazione dello *Stato Comunità* ed in luogo dello *Stato Persona*, con conseguente *messa in discussione* (o meglio, messa tra parentesi sarebbe da dire) *della sovranità dello Stato*⁴. È accaduto, ancora, che uno dei più brillanti sostenitori della necessità di rileggere la Carta costituzionale in funzione della “democratizzazione” della Pubblica Amministrazione, all'indomani dell'entrata in vigore delle due leggi, abbia ritenuto che le stesse potessero “*segnare una svolta quasi rivoluzionaria nel nostro ordinamento giuridico,*

¹ Legge 8 giugno 1990 n. 142, pubblicata in Supplemento Ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 135 del 12 giugno 1990.

² Legge 7 agosto 1990, n. 241, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 18 agosto n. 192

³ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino, Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, p. 64.

⁴ L. Di Santo, *Teoria e Pratica dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 2002, spec. pp. 114 – 118;

come quella avvenuta con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato”⁵.

Tuttavia, si viene pure significativamente ammoniti che le rivoluzioni sono tali in quanto suscettibili di *valutazione solo a posteriori*⁶ e che, pertanto, una rivoluzione o è ovvero non si è mai verificata, non potendosi parlare di una rivoluzione parziale o temporanea, né tantomeno di rivoluzione annunciata⁷. E ciò dovrebbe consigliare, sempre, letture caute⁸ delle riforme normative, soprattutto al fine di verificarne la reale incidenza su un tessuto ordinamentale legato a vecchie e/o diverse strutture ideali e costituzionali.

⁵ F. Benvenuti, *Certezza del diritto e certezza dei poteri nella nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, p. 642. Della legge 241/90, quale legge contenente principi rivoluzionari, parla anche A. Pajno, *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/1993, spec. p. 661, il quale, in ogni caso, evidenzia la necessità di tempo per attuare in concreto la legge, “operando – i principi della nuova legge – come strumenti di cambiamento di una certa “cultura” dell’Amministrazione”. Del pari, E. Dalfino, L. Paccione, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, V, 377, si riferiscono significativamente ad una “rivoluzione copernicana”, allorché colgono il passaggio dalla diade potere – soggezione alla situazione di intervento attivo dell’individuo nella sede di formazione della decisione amministrativa.

⁶ G. Capozzi, *Temporalità e norma*, Napoli, 2000, IV ed., spec. pag. 272.

⁷ F. Galgano *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, pag. 36.

⁸ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le Pubbliche Amministrazioni nell’era della globalizzazione*, Roma – Bari, 2002, suggerisce (pag. X) riletture “leggere” dell’ordinamento specie quando i processi e le fasi del cambiamento risultano convulsi. Per vero, l’opzione metodologica suggerita da Ferrara costituisce una costante nella letteratura che si occupa, oggi, dell’analisi del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Così, significativamente, G. Sorrentino, *Diritti e Partecipazione dell’Amministrazione di risultato*, Napoli, 2003, pag. 11, ritiene quanto mai necessario, nell’attuale contesto storico ed ordinamentale, contenere le aspirazioni scientifiche di chi approssima alla tematiche dell’Amministrazione Pubblica all’obiettivo di far *germogliare semi di verità* – nel caso dell’opera in commento, i *semi di verità* sono costituiti dalla centralità dei diritti della persona anche nel quadro del diritto amministrativo, con conseguente riconducibilità del rapporto cittadino – pubblica alla *esplicazione di un servizio piuttosto che alla manifestazione di un potere* (p. 12) – anziché creare – *da subito - nuovi giardini*: compito quest’ultimo che, come ci ricorda Sorrentino, Illustre Autore - S. Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 174 – aveva riconosciuto come la più grande fortuna di quella generazione che “*non è condannata alla condizione di giardiniere che ritocca per la millesima volta le aiuole alle quali dedica da anni la sua cura vigile e costante; ma piuttosto ha il privilegio di dover trasformare in giardino una sterpaglia; e così dovrà sconvolgere la terra e duramente lavorare e faticare, prima di vedere la propria opera compiuta*”.

In questa prospettiva, ad avviso di chi scrive, merita particolare attenzione la posizione di coloro che attribuiscono alle innovazioni della L.241/90 – insieme a quelle successive di cui al D.lgs. 29/93⁹ - la capacità di determinare un superamento delle stesse categorie di *pubblico* e *privato*¹⁰ .

L'introduzione ed il potenziamento del modulo contrattuale nell'esercizio dell'azione amministrativa, unitamente alle parallele vicende della *lex mercatoria*, rivelerebbe, infatti, “*un processo in atto dell'esperienza giuridica tendente non alla semplice ridefinizione dei rapporti tra privato e*

⁹ D.lgs. 3 febbraio 1993, n.29, in Supplemento Ordinario alla Gazzetta Ufficiale, 6 febbraio, n. 30.

¹⁰ L. Franzese, *Il contratto oltre privato e pubblico*, Padova, 1998. Se non si cade in errore, mi pare che la posizione dell'Autore non si inserisca tra coloro che attribuiscono carattere rivoluzionario alle riforme normative oggetto di considerazione. Il carattere rivoluzionario, nella prospettiva di Franzese, andrebbe piuttosto colto con riguardo al superamento “dell'equivoco” Hobbesiano della geometria legale che considera l'individuo un soggetto anomico incapace, *naturalmente*, di attendere ad una compiuta autoregolazione. In altri termini, le riforme normative riscoprono il carattere naturale della relazione intersoggettiva, e, insieme ad esso, anche il carattere sussidiario delle istituzioni: “*Non è infatti configurabile una concezione assolutizzante dell'autonomia soggettiva, tale cioè da escludere la rilevanza delle istituzioni, le quali sono chiamate a sopperire alle insufficienze dei regolamenti autonomamente predisposti, al fin di far comunicare quei soggetti che hanno inteso, sia pur in malo modo, relazionarsi a mezzo di un accordo economico*”. Così, L. Franzese, *Legge e contratto oggi*, in *L'ircocervo, Rivista elettronica italiana italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e diritto dello Stato*, n. 1/2004. Particolarmente stimolante, è la critica che l'autore rivolge alla visione “*integralista*” della *lex mercatoria* proposta da Galgano, il quale sembra mettere completamente fuori giuoco il ruolo delle istituzioni politiche che, viceversa, l'esperienza giuridica dimostra sicuramente sussistente in relazione al farsi dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, come pure rileva lo stesso Franzese, dalla codificazione dei principi UNIDROIT. Sul punto, l'Autore opportunamente richiama la lezione di Betti – cfr. E. Betti, *Autonomia Privata*, in “*Novissimo digesto Italiano*” , I, 2, Torino, 1957, p. 1561 - secondo cui l'ordinamento giuridico “*non può prestare il suo appoggio all'autonomia privata per l'appagamento di ogni interesse che essa persegua, ma, prima di riconoscerne i vari atteggiamenti con la propria sanzione, li sottopone a un processo di tipizzazione e valuta la funzione pratica che ne caratterizza ciascun tipo in accordo con la socialità del suo compito d'ordine, che di fronte a quell'autonomia è anche un compito educativo e preventivo, sanzionatorio e direttivo della condotta*”. Analogamente, interessanti sono le considerazioni con cui Franzese apre un confronto con Irti in ordine alla *Virtualità giuridica*, per la quale la regola giuridica verrebbe in rilievo come una costruzione, priva di qualsiasi radicamento nelle cose su cui va ad incidere, imposta dalla volontà del soggetto pubblico. Dello stesso Autore, e sempre con riferimento alla posizione di Irti, cfr. *L'ordine giuridico del mercato: virtualità o realtà?* in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, pp. 345-352.

pubblico, ad una divisione cioè degli ambiti di reciproca competenza, ma alla radicale messa in discussione delle due categorie e, per ciò stesso, al ripensamento del concetto di ordinamento giuridico”¹¹.

Al riguardo, il disegno complessivo delineato dalle riforme amministrative citate, non pare tuttavia immune da contraddizioni, le quali fanno legittimamente dubitare della rimodulazione significativa della geometria legale¹² tra le categorie di Pubblico e Privato e, comunque, del loro definitivo superamento.

In particolare, quanto alla cd. privatizzazione del pubblico impiego, si osserva correttamente che uno dei tratti più significativi del nuovo modo di concepire l'autoregolazione soggettiva sarebbe costituito dall'introduzione,

¹¹ *Id. op. cit.*, pag. 2. In realtà, spiega Franzese – cfr. L. Franzese, *La giuridicità del nuovo ordine economico*, in *L'icocervo, Rivista elettronica italiana italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e diritto dello Stato*, n. 2/03, è lo stesso e più generale rapporto tra diritto ed economia che deve essere rivisitato alla luce di una teoria generale filosoficamente orientata: “solo riportando la riflessione giuridica sul terreno del sapere an-ipotetico e non operativo si potranno superare le aporie in cui s'imbattono le concezioni che riducono il fenomeno giuridico a materia disponibile dallo Stato, che la plasma a secondo dei suoi intendimenti, ovvero a protesi dell'economia, tale cioè da tradurre in regole giuridiche tutto quanto è solo ciò che risulti funzionale all'efficienza del sistema economico. In questo modo si potrà cogliere il substrato antropologico e l'apporto specifico del diritto all'instaurazione del corretto svolgimento dei rapporti economici”. La proposta dell'autore muove dal rilievo per cui il controverso rapporto tra diritto ed economia è condizionato dal tema della centralità dell'individuo nel mercato: tema che influenza la stessa configurazione che si attribuisce all'intervento della legge: costitutivo dell'ordine giuridico delle relazioni economiche della legge ovvero meramente sussidiario rispetto all'ordine espresso dalle relazioni economiche. Si tratta, sostiene Franzese, di opzioni che esprimono due diverse modalità di conoscenza: dialettica e sostanziale la prima, convenzionale ed operativa la seconda. A loro volta, tali modalità di conoscenza richiamano ad una concezione del diritto come espressione del potere che, però, bisognerebbe superare, nella prospettiva dell'autore, con la proposta sopra ricordata di una teoria generale filosoficamente orientata, la quale consentirebbe, in maniera più serena e puntuale, di analizzare fenomeni all'apparenza contraddittori che prendono consistenza all'epoca della globalizzazione.

¹² F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1983; *id.*, *Filosofia e scienza del diritto*, Modena, 1988. L'Autore utilizza tale figura – quella di geometria legale – per evidenziare come pubblico e privato costituiscono, di fatto, categorie preordinate a stabilire una volta e per tutte le posizioni dell'individuo e dello Stato.

anche nell'impiego pubblico, della contrattazione collettiva, sia a livello centrale che a livello periferico¹³.

Ebbene, pur non disconoscendo un significativo allineamento tra pubblico e privato in *subiecta materia*, non potrebbe tacersi della sussistenza di altrettante, e particolarmente incidenti, differenze tra i due settori. Sul punto, mi pare importante richiamarsi al modo di costituzione del rapporto di impiego con la Pubblica Amministrazione, ovvero, più semplicemente, all'istituto delle mansioni superiori.

In ordine alla prima delle differenze segnalate, è noto che il concorso pubblico costituisce, a mente dell' art. 97 comma 3 Cost., la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo *strumentale* al canone di efficienza dell'Amministrazione, conseguendone, altrettanto pacificamente, la impossibilità di costituire un rapporto di impiego con l'Amministrazione attraverso modalità diverse di reclutamento¹⁴. Non potrebbe, pertanto, utilmente invocarsi, in tale settore, la continuità delle prestazioni lavorative espletate a vantaggio dell'Amministrazione attraverso il carattere della subordinazione e della personalità. Ciò in quanto, come unanimemente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, *“l'assunzione senza concorso e la trasformazione automatica d'un rapporto di lavoro a tempo determinato in uno di pubblico impiego di ruolo alle dipendenze di un ente locale sono nulli di diritto, le specifiche condizioni ex art. 2 l. 18 aprile 1962 n. 230 essendo applicabili al pubblico impiego soltanto se la p.a. venga legittimata*

¹³ L. Franzese, op. cit., pag. 155 e ss.

¹⁴ Cfr. Corte Costituzionale 26 gennaio 2004, n. 34.

da apposita fonte che ne recepisca il principio nell'ambito e nei limiti connessi all'esercizio della potestà autorganizzativa della p.a. stessa"¹⁵.

Quanto, invece, all'istituto delle mansioni superiori, è altrettanto noto che l'art. 2103 del Codice civile prevede che, ricorrendo taluni presupposti, al lavoratore subordinato che abbia espletato mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza, debba riconoscersi non solo le differenze retributive ma anche l'inquadramento nella superiore qualifica¹⁶.

Ebbene, siffatto principio non trova il proprio omologo nel pubblico impiego, ancorchè privatizzato, posto che al pubblico dipendente che abbia, per un periodo di tempo, svolto mansioni superiori, deve essere bensì riconosciuta la differenza retributiva, ma non certo alcuna automaticità ai fini del riconoscimento dello *status* giuridico della qualifica superiore¹⁷. Certo tali limitazioni possono concepirsi come l'espressione della sussidiarietà istituzionale, ma, in ogni caso, le stesse si traducono in "deroghe" rispetto ad un possibile superamento delle categorie di pubblico e privato, che trovano la propria giustificazione in una sorta di ontologica costituzione dell'esser pubblico di una delle parti e che precludono di

¹⁵ Cfr. ex plurimis, Cons Stato, sez. V, 25-09-2000, n. 5075, in Foro Amm., 2000, 3117. Ciò significa, evidentemente, che la capacità di autoregolazione rinviene un limite nell'essere Pubblico di una delle parti.

¹⁶ Cfr. Sull'applicabilità dell'art. 2103 Codice Civile al solo rapporto di lavoro privato, esemplificativamente, Cass., sez. un., 18-12-1998, n. 12699 in Giust.civ, 1999, I, 1691.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2004, n. 438, in Nuove autonomie, 2004, 221. Il Consiglio di Stato, ribadendo un orientamento assolutamente granitico, ha chiarito che "nel settore del pubblico impiego, e salvo che un' espressa disposizione di legge non disponga altrimenti, le mansioni superiori svolte da un pubblico dipendente sono del tutto irrilevanti ai fini della progressione di carriera ovvero dell' emanazione di un provvedimento di preposizione ad un ufficio, non essendo sotto tale aspetto il rapporto di impiego pubblico assimilabile a quello privato, sia perché gli interessi pubblici coinvolti hanno natura indisponibile sia perché l' attribuzione delle mansioni e del correlativo trattamento economico hanno il loro presupposto indefettibile nel provvedimento di nomina o di inquadramento, non potendo tali elementi costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari amministrativi".

inserire un principio socialmente tanto importante – l’attuazione del diritto al lavoro costituzionalmente tutelato – nella contrattazione collettiva.

L’utilizzazione dello schema contrattuale, anche ad opera della Pubblica Amministrazione, dunque, se rivela una significativa tendenza di rendere simmetriche le posizioni di Pubblico e Privato, viceversa, non traduce un completo superamento delle categorie in cui si esprime la geometria legale¹⁸, e nella quale trova forma una visione dell’individuo e, conseguentemente, del cittadino quale soggetto anomico, incapace per natura, non solo di rispettare i vincoli intersoggettivi, ma, a maggior ragione, di curare l’interesse generale.

Analogamente, i paradigmi classici della geometria legale sono solo apparentemente messi in discussione dall’espressa previsione, da parte dell’art. 11 della L. 241/90, della possibilità che l’Amministrazione addivenga alla stipulazione di Accordi con il privato che siano sostitutivi del provvedimento amministrativo conclusivo, ovvero, preordinati a determinarne, convenzionalmente (con il Privato), il contenuto discrezionale.

¹⁸ Del resto, è appena il caso di precisare che, secondo una differente visione, il modello privatistico – come ci ricorda B. E. G. Fuoco, *L’art.1 co.1 bis della L. 241/90, Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato*, in www.lexitalia.it/approfondimenti - non è stato introdotto al fine di instaurare rapporti paritari tra dipendenti e P.A. – datore di lavoro. L’autore osserva che “*il diritto privato non è stato preferito al diritto pubblico, per una presunta scarsa democraticità di quest’ultimo, ma, al contrario, esso è stato scelto, come è noto a tutti, in quanto ha permesso l’ingresso dei poteri direttivi di diritto comune in capo al datore di lavoro; questi poteri, infatti, “consentono, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione. Stante questa finalità peculiare, il diritto privato si appalesava strumentale rispetto al perseguimento della finalità del buon andamento della pubblica amministrazione”*. Al riguardo, cfr. Corte Costituzionale, sentenza 16 ottobre 1997 n. 309, in Foro it., 1997, I, 3484. In dottrina, A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L’organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001.

Sulla possibilità, infatti, che tali Accordi fossero realmente idonei a stabilire una relazione simmetrica tra Cittadino e Pubblica Amministrazione, la dottrina ha nutrito, pressoché univocamente, serie perplessità.

Si è così evidenziato che alla formale parità delle parti, corrisponde una sostanza delle cose ben diversa. La norma di cui all'art. 11 della L. 241/90 sembra integrare la “ricerca di un equilibrio tra la necessità di reperire ed introdurre nuovi modi dell'esercizio del potere amministrativo e l'esigenza di salvaguardare in capo alle Amministrazioni le prerogative sue proprie”¹⁹; conclusione, ad avviso di chi scrive, già preconizzabile in ragione della stessa terminologia assegnata all'istituto – Accordo – la quale evoca l'idea del compromesso tra due soggetti che non vantano posizioni di partenza paritarie, ma che, prendendo atto di tale situazione, preferiscono conciliare, anziché scontrarsi.

E che la figura pseudocontrattuale, introdotta dall'art. 11 L. 241/90, non determini alcuna simmetria tra le posizioni del Pubblico e quella del Privato è, significativamente, testimoniato dal comma 4 dello stesso articolo 11, laddove si riconosce alla pubblica Amministrazione il *Potere* di recedere unilateralmente dall'Accordo, nel caso di sopravvenuto interesse pubblico e, salvo, in ogni caso, il pagamento di una indennità in favore del privato²⁰.

Ora, se non ci si inganna, pare che la valutazione della sopravvenienza di motivi di *pubblico interesse* che legittimino *ex lege* il recesso della Parte Pubblica sia affare che si consuma tutto nelle “stanze” della Pubblica

¹⁹ L'espressione è di C. Bassani, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti* (Legge 7 agosto 1990, n. 241), Milano 1991, pag. 249.

²⁰ Cfr. in Giurisprudenza e per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 390, in Foro amm.-Cons. Stato, 2004, 381.

Amministrazione, non essendo perverso ipotizzabile – come avverrebbe nel diritto dei contratti – una rinegoziazione il cui oggetto sia proprio l’interesse pubblico²¹.

L’Amministrazione, infatti, valuta *discrezionalmente*, non solo se sia sopravvenuta una evenienza fattuale o giuridica che imponga di recedere, ma anche la stessa intensità della sopravvenienza ad incidere sul *sinallagma* dedotto nell’Accordo.

Analogamente, non sfugge che la previsione di un indennizzo è cosa ben diversa dal riconoscimento di un diritto risarcitorio alla parte privata. Ancora, la sancita applicabilità agli Accordi intervenuti tra Privato e Pubblica Amministrazione dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti (cfr. comma 2 dell’art. 11 L. 241790) non vale, certamente, ad escludere l’asimmetria delle posizioni.

Il richiamo ai principi del Codice civile, infatti, è sapientemente *filtrato* dalla formula “*in quanto compatibili*”, con la quale è all’evidenza ribadita, più che smentita, la specialità del diritto delle Amministrazioni Pubbliche rispetto a quello comune.

Del resto, non è sfuggito allo stesso Franzese – il quale opportunamente invita alla riflessione in ordine alla intensa utilizzazione del modulo

²¹ Certo, come rilevato da acuta dottrina – A. Rallo, *Spunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi del provvedimento*, in Dir. Proc. Amm., 1993, pp.298 e ss. - si tratta di soluzione auspicabile e, mi pare di poter affermare, sicuramente non esclusa dall’assetto normativo creato dalla L.241/90 (ed in particolare dall’art.7 sulla partecipazione al procedimento dell’interessato al provvedimento); ma, come si vede, si ri-precipita pur sempre nella logica provvedimentale, abbandonando quella consensuale, tutta strutturata sulla ricorrenza di posizioni non paritarie tra le parti – pubblico e privato – coinvolte nell’esercizio del potere. Il che risolve la *negoziiazione* in necessità di tener, benevolmente, in considerazione la posizione del *privato - contraente debole* e dell’affidamento da costui riposto nel previo assetto di interessi creato con l’accordo, e sempre che, ovviamente, ciò sia possibile.

contrattuale, quale strumento *ordinario* di esercizio dell'attività amministrativa²², per inferirne futuri approdi verso un diritto unitario - che gli accordi tra Cittadini e Pubblica amministrazione ex art.11 L. 241/90 costituiscono, piuttosto, un esempio di “*ermafroditismo giuridico*”²³.

Si vuole evidenziare, in altri termini, che tanto la c.d. privatizzazione del Pubblico Impiego, quanto l'introduzione di Accordi tra Privato e Pubblica Amministrazione, si prestano a letture non necessariamente univoche quanto alla loro idoneità a riequilibrare, in termini di simmetria, il rapporto tra Cittadino e Pubblica Amministrazione.

La prospettiva di un diritto unitario²⁴, dunque, pur essendo compiutamente declinata, rischia di essere costantemente minacciata dall'intervento occasionale di un legislatore poco preoccupato di ispirare le proprie iniziative ad una complessiva filosofia di fondo che guardi ai privati come a delle risorse piuttosto che ad ostacoli per progettare ed attuare il bene pubblico.

²² L. Franzese, *op. cit.*, pag. 1.

²³ *Id. op. cit.* pag. 218. L'Autore, con grande ricchezza di richiami, illustra le ragioni per le quali gli Accordi di cui ci stiamo occupando non disvelino una rinnovata simmetria nelle relazioni tra la parte Pubblica e il Cittadino (cfr. spec. pagg. 141 a 155). Una posizione analoga, è stata diffusamente sostenuta dall'autore in *Simmetria e Asimmetria nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione, Riflessioni sui presupposti teorici della legge sul procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* (L. 241/90), in *Dir. e Società*, 1993, pp. 207 a 235. In particolare, significativamente, si rileva che “*volendo quindi trarre le conclusioni di quanto si è fin qui rilevato, pare potersi affermare che il modulo convenzionale previsto dalla legge sul procedimento amministrativo in realtà presenti una struttura asimmetrica, essendo garantito al privato solo un “certo affidamento di buon esito della vicenda amministrativa”, mentre invece alla pubblica amministrazione viene riservata una effettiva posizione di forza; l'immagine pattizia del rapporto pubblico/privato, che pure il legislatore aveva tentato di accreditare con il rinvio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, appare perciò impietosamente sfigurata*” (p.222).

²⁴ *Id. op. cit.* pag. 193 e ss., dove l'Autore trae le conclusioni del Lavoro, condotto attraverso la descrizione delle parallele vicende della *lex mercatoria* e dell'utilizzo del modulo contrattuale da parte della Pubblica Amministrazione.

In altri termini, complice una giurisprudenza amministrativa non sempre attenta a liberarsi di schemi tradizionali, è dubbio se, così come strutturati gli interventi normativi, gli stessi non si prestino a tradurre un'attualizzazione piuttosto che il superamento della geometria legale.

Sorge il dubbio che il Sovrano abbia talora assunto forme *forse* più sofisticate e più moderne – e *forse* meno percepibili nel loro momento autoritativo - ma che non sia scomparso (o almeno non lo sia completamente).

Del resto, si potrebbe aggiungere che la stessa ricostruzione del *diritto unitario* come auspicio dell'indissolubilità del legame contrattualmente stabilito tra Parte Pubblica e Parte Privata è costretta a fare i conti con un ulteriore profilo di problematicità che avvolge la potenziale *simmetria* tra la due parti contraenti. L'affermazione del principio *pacta sunt servanda* non equivale, da sola, a restituire la parte pubblica e la parte privata ad un orizzante di parità. La parità, infatti, non si esaurisce nel momento esecutivo del contratto, trovando, viceversa, il suo nucleo di senso di *autoregolazione*²⁵ nella negoziazione del sinallagma contrattuale ovvero nella cristallizzazione, all'interno dello schema contrattuale, di un determinato assetto di interessi²⁶.

²⁵ Id., op. cit., pag. 209

²⁶ Il che non sempre avviene, laddove si considera che, molto spesso, i capitolati speciali d'appalto e contratti in genere sono unilateralmente imposti da parte dell'Amministrazione. Certo, in senso contrario, si potrebbe coerentemente osservare che, analogamente, anche nel diritto privato sussiste la figura del contratto per adesione. E, tuttavia, il confronto tra i due settori ci rivela l'esistenza di una profonda differenza tra i due campi. In quello privato, la libera concorrenza tra operatori economici consente di scegliere tra le diverse proposte. Analoga possibilità, viceversa, sembra difettare nel settore del diritto delle Amministrazioni.

Quanto precede, inoltre, mi pare confermato ulteriormente dalla posizione dottrinale in commento. La stessa, infatti, al fine di porre in evidenza i termini in cui le tradizionali categorie di Pubblico e Privato si siano avviate verso una significativa rimodulazione, perviene alla valorizzazione²⁷ di quella che, ad avviso di chi scrive²⁸, è la più importante innovazione introdotta dalla L. 241/90.

L'impossibilità di utilizzare in ogni caso il modulo contrattuale, unitamente all'ambiguità che spesso i moduli già previsti portano con sé, conduce dunque a ritenere che *“la radicale incomunicabilità fra i due soggetti [pubblico e privato] o comunque l'asimmetria dei loro rapporti”*²⁹ possa essere democraticamente rimodulata dalla istituzionalizzazione della partecipazione procedimentale.

La partecipazione procedimentale³⁰, in altri termini, assurge a momento determinante per riequilibrare posizioni non paritarie, tanto da costituire la vera partita su cui si staglia il superamento della dicotomia, classicamente intesa, autorità-libertà. E sempre che di tale superamento si individuino le condizioni concettuali di affermazione, quale espressione della dignità e della consapevolezza dell'Uomo-Istituzione³¹.

²⁷ L. Franzese, *Simmetria e asimmetria...*, op. cit., pag. 232 e ss., laddove con riguardo alla partecipazione procedimentale e agli altri principi cardine della L. 241/90, si sottolinea che *“la legge in esame sembra a buon diritto iscriversi in quella nuova politica legislativa che avendo filosoficamente riconosciuto nella disposizione a seguire una regola nell'attitudine dell'autoregolamentazione dei modi d'essere propri della persona, stimola l'instaurarsi di relazioni intersoggettive nelle quali si consumano o si vanificano, nello stesso tempo, sia la vecchia autorità del potere politico, sia il vecchio arbitrio del soggetto privato”*.

²⁸ Cfr. sul punto *amplius* paragrafo 2.

²⁹ L. Franzese, op. ult. cit., pag. 209.

³⁰ In particolare, ci si riferisce agli articoli 7, 8, 9 e 10 della L. 241/1990.

³¹ L'espressione è di G. Guarino, *L'uomo – istituzione*, Bari, Laterza, 2005.

Ma, come è evidente, sta di fatto che la strutturazione per via procedimentale dell'esercizio del Pubblico Potere non si piega – né necessariamente *deve*, sempre, piegarsi - alla logica contrattuale, avendo quest'ultima, piuttosto, le proprie caratteristiche distintive nella parità delle posizioni tra Parte Pubblica e Parte Privata.

2 TEORIA E PRASSI DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA PRIMA DELLA LEGGE N. 241/90

Si è visto, nel paragrafo che precede, come la più intensa utilizzazione del modulo contrattuale da parte della Pubblica Amministrazione, difficilmente potrebbe giustificare, allo stato, l'affermazione del superamento della dicotomia pubblico privato.

Per converso, si vedrà in seguito, come lo sviluppo normativo successivo³², se amplifica la portata e l'utilizzabilità da parte delle Amministrazioni Pubbliche dello schema pattizio³³, introduce delle disposizioni, in tema di partecipazione procedimentale, che sembrano, a parere di chi scrive, mettere seriamente in discussione quell' "*elemento di riqualificazione di grande rilievo civile*"³⁴ che la L.241/90 aveva inteso introdurre.

Ciò, peraltro, non equivale a porre in chiaroscuro la svolta "*epocale*" che le leggi in questione hanno comportato³⁵.

³² Il riferimento è alla recentissima Legge 11 febbraio 2005, n. 15 (in G.U.R.I. n.42 del 21 febbraio 2005), recante modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241 concernenti norme generali sull'esercizio dell'azione amministrativa.

³³ Di cui, tuttavia, allo stato non si riesce ben a comprendere l'effettiva portata.

³⁴ Cfr. C. Stato, Ad. Plenaria, 15 settembre 1999, n.14, in Foro It., 2000, III, n. 26 con nota di R. Ferrara "*Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*".

³⁵ Quanto alla legge 241/90, della stessa si tratterà più approfonditamente in seguito. In questa sede, si ritiene solo di ribadire che l'innovazione principale introdotta dalla legge 241/90 si ritiene sia costituita dalla *istituzionalizzazione* della partecipazione procedimentale. Attorno a quest'ultima, del resto, e sia pure a vario titolo, finiscono per

Ed infatti, con riferimento alla legge 241/90, si è sostanzialmente concordi nel ritenere che il significato più genuino della partecipazione al procedimento amministrativo, sancita in via generale e perciò stesso istituzionalizzata dalla legge, vada colto nell'abbattimento della barriera di *incomunicabilità*, prima sussistente, tra cittadino e pubblica amministrazione.

Se, dunque, è nell'apertura della cosa pubblica alla stessa opportunità che l'amministrato (*rectius* l'interessato alla decisione), *uti singuli* ed *uti civis*, contribuisca alla “*elaborazione della scelta e [alla] predisposizione del materiale di essa attraverso soprattutto l'esibizione di interessi e di fatti che vanno raccolti, definiti, comparati e composti*”³⁶ che bisogna riconoscere il

riannodarsi anche ulteriori innovazioni volute dalla Legge: a partire dalla previsione dell'obbligo in capo all'Amministrazione di motivare i propri atti (art.3), la violazione del quale, peraltro, è oggi sindacabile – in maniera più stringente – quale violazione di legge e non più sotto il profilo dell'eccesso di potere, fino alla istituzionalizzazione dell'istruttoria (segnatamente, art.6) e della necessità di renderne conto, ed ancora al diritto di accesso ad atti (art.25). In ordine, invece, alle novità introdotte dalla L.142/90 e che qui possono solo accennarsi, vanno ricordati – sempre per ciò che concerne la figura del cittadino – gli istituti della petizione, del referendum (art.8 co.4 e 5), nonché dell'azione concessa *uti civis* al cittadino il quale può sostituirsi all'Amministrazione, per far valere azioni e diritti che competerebbero all'Ente Locale. Si tratta di istituto che alcuni autori, tra gli altri L. Di Santo, *op. cit.*, p. 106, richiamano quale conferma del passaggio allo Stato – comunità. L'osservazione, ancorché condivisibile, va però confrontata con una realtà che vede i Tribunali Amministrativi limitare costantemente tali iniziative suppletive. In tale senso, è stato evidenziato, infatti, che l'azione popolare prevista dall'art. 7 comma 1 L. 8 giugno 1990 n. 142, secondo cui ciascun elettore può far valere dinanzi alle giurisdizioni amministrative le azioni e i ricorsi che spettano al Comune, ha natura meramente suppletiva, con la conseguenza che essa non spetta all'elettore qualora il Comune, titolare principale dell'azione giudiziale, non si sia limitato all'inerzia ma abbia invece in qualche modo rinunciato ad adire il giudice, dismettendo la relativa facoltà (per tutte, cfr. Cfr. Cons. Stato, IV Sez., 4 settembre 1992 n. 724, in Cons. Stato 1992, I, 1042, nonché T.A.R. Veneto 24 aprile 1997 n. 824, T.A.R. Molise 17 settembre 1997 n. 162, T.A.R. Veneto 24 aprile 1997 n. 824 e T.A.R. Toscana, I Sez., 13 dicembre 1991 n. 665, in TAR, 1997, I, 2458, 2458, 4057; 1992, I, 703). Nella fattispecie, come si vede, è stata sufficiente addirittura la rinuncia dell'Amministrazione a tutelare le proprie ragioni, onde ne risultasse vanificata la previsione normativa che attribuisce *poteri attivi* al cittadino.

³⁶ M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in Dir. Proc. Amm., 1/1989, p.13., il quale significativamente aggiunge che tali elementi vanno valutati “*in quadro di prevalenza e coesistenza dalla quale, soltanto, la scelta amministrativa*

significato più intimo dell'innovazione legislativa, allora il valore epocale di quella svolta meglio si apprezza ove si consideri il quadro costituzionale in cui la legge sul procedimento amministrativo viene ad innestarsi.

Si tratta di un quadro, infatti, intriso di categorie e di moduli propri dell'Amministrazione ottocentesca³⁷ e che la Costituzione Repubblicana aveva preferito conservare, salvo sottrarli all'intelaiatura di autoritarismo fascista con cui erano stati ereditati³⁸.

2.1 *SEGUE*

La circostanza che i Padri Costituenti abbiano riposto scarsa attenzione rispetto al rapporto intercorrente tra cittadini e pubblica amministrazione, e massimamente alla partecipazione procedimentale dell'amministrato, potrebbe indurre a pensare che la dottrina abbia, da subito, profuso tutte le proprie energie per individuare le soluzioni funzionali a colmare tale lacuna.

legittimamente scaturisce". Il richiamo alla posizione di Nigro ci sembra tanto più pertinente, non solo in considerazione degli intensi contributi profusi dallo stesso sulle problematiche connesse al procedimento amministrativo, ma anche perché l'Autore ha presieduto la Commissione Governativa che ha proceduto allo studio propedeutico al disegno di legge che poi avrebbe dato luogo alla legge generale sul procedimento amministrativo.

³⁷ A. Orsi Battaglini, *L'astratta e infeconda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*. Bologna, 1990, p.23.

³⁸ Sul punto, osserva G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo, Considerazioni introduttive*, in *Atti del XXXII Convegno di Varenna*, Milano 1994, 1989, pp. 37 e 38, che "le proposte avanzate in quel periodo dirette a costituzionalizzare i diritti dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione, vengono accantonate e rinviate (assai significativamente) a quella che doveva essere appunto l'elaboranda disciplina generale sulla legge generale dell'azione amministrativa, ivi compresa in particolare la distinzione tra diritti ed interessi". In conseguenza, "il buon andamento e l'imparzialità che pure il Costituente aveva espressa cura di garantire, si venivano quindi a realizzare non come il naturale oggetto di pretese individuali e collettive mediante una disciplina di carattere relazionale, bensì ancora come discipline, anche se esternamente rilevanti, tutte interne all'Amministrazione e agli apparati e perciò anche diversificate".

Lacuna, peraltro, inspiegabile – lo si sottolinea *incidenter tantum* – se si considera che la nostra Carta Costituzionale è, ancora oggi e nonostante la sua promulgazione risalga al 1948, riconosciuta tra quelle maggiormente all'avanguardia quanto alla tutela dei diritti fondamentali.

Senonché, è stato altresì segnalato come la problematica della partecipazione procedimentale abbia attraversato negli anni '50 e '60 una fase crepuscolare³⁹, salvo poi trasformarsi, negli anni '70 e grazie alle posizioni assunte dalla dottrina, in vera e propria pressione rivolta al Legislatore affinché “*emanasse una legge che introducesse, una volta e per tutte, senza dar adito ad ulteriori dubbi, tale principio [di partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo]*”⁴⁰.

Orbene, se volessimo scandagliare le ragioni che stanno alla base di tale conclusione, dovremmo anzitutto escludere un generale disinteresse della letteratura sul punto. La conclusione, invero, sarebbe superficiale e comunque non pertinente rispetto ai contributi che la preistoria (a questo punto) della partecipazione ci ha consegnato.

È bene ricordare, infatti, che i primordi del dibattito sulla partecipazione procedimentale in Italia retrodatano al 1865 e sono legati alla interpretazione dell'art.3 della L.20 marzo 1865 n. 2243 all. E⁴¹.

³⁹ G. Cartei, *Procedimento di espropriazione ed osservazioni degli espropriandi*, in Foro Amm. 1988, pp. 2711 e ss.

⁴⁰ M. Calabrò, *Potere Amministrativo e Partecipazione procedimentale*, Napoli, 2004, pp. 33-34.

⁴¹ Si tratta di un dibattito particolarmente interessante, anche perché lo stesso dà conto di come, anche vigente la Costituzione e prima dell'introduzione della legge generale sul procedimento amministrativo, la previsione normativa della partecipazione del privato avesse natura eccezionale. In particolare, la disposizione di cui all'art. 3 citato stabiliva che “*gli affari non compresi nell'articolo precedente – e cioè quelli riguardanti diritti civili e politici – saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati*”. Benché inizialmente sembrò pacifico in dottrina – V. E. Orlando, *la Giustizia*

Come giustificare, dunque, una tale osservazione che, comunque, sembra meritare condivisione?

È da dire, stavolta con maggiore precisione, che, nell'immediatezza della promulgazione della Costituzione (negli anni 50-60), gli sforzi della dottrina si concentrarono, principalmente, sulla precondizione della partecipazione, e cioè sull'interpretazione e sulla chiarificazione del ruolo riservato all'Amministrazione dalla Carta Costituzionale e dalla costellazione di valori da essa descritta.

Si trattava, in altre, parole di specificare il ruolo dell'Amministrazione *nella Costituzione e secundum constitutionem*, scrostandolo da residui di autoritarità che, come detto, erano stati ereditati dalla *tradizione pre-costituzionale*⁴², anche perché – in base all'insegnamento di Esposito⁴³ - è

amministrativa, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano 1901, 671; A. Salandra, *La Giustizia amministrativa*, Torino, 1904, 386 ss. – che la garanzia si riferisse al solo rimedio del ricorso gerarchico (pure disciplinato dallo stesso art.3), si fece poi strada l'idea che la disposizione si riferisse ad ogni procedimento amministrativo previsto dalla disposizione in commento. In tal senso, le posizioni di F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I Milano, n.512; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, 76 ss.; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*; E. Guicciardi, *La Giustizia amministrativa*, Padova, 1957. Maturata in dottrina tale acquisizione, l'ulteriore dibattito che si aprì fu costituito dalla necessità di stabilire se la partecipazione procedimentale di cui all'art. 3 fosse limitata ai soli procedimenti per i quali le leggi di riferimento richiamassero la norma de qua ovvero se l'ambito oggettivo di applicazione normativa fosse piuttosto da considerarsi generalizzato. In dottrina prevalsero, sostanzialmente, le posizioni che attribuiscono alla norma natura programmatica, costituendo, esclusivamente, un punto di riferimento per il legislatore.

⁴² Al riguardo, pare opportuno rilevare, con U. Allegretti, *Pubblica Amministrazione e Ordinamento democratico*, in *Foro It.*, 1984, V, 218, che “*se gli aspetti tradizionali prevalgono su quelli innovativi, vi è la forza dei principi fondamentali che assegnano all'interprete il compito di produrre un modello adeguato a questi principi*”. L'affermazione sembra particolarmente rilevante in quanto dimostra che i paradigmi normativi che la Costituzione dedica alla Pubblica Amministrazione (in particolare l'art. 97 Cost.) non valgono da soli a configurare un modello di amministrazione democratica. È, in altre parole, il solo collegamento della *apparato* con la *funzione* che vale la quale a *democratizzare* la P.A. L'acquisizione troverà, successivamente, il proprio sviluppo.

⁴³ C. Esposito, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 247 e ss., secondo cui “*chi voglia sapere*

solo attraverso una sistematica lettura della Carta Costituzionale che potrebbero, compiutamente, trovare definizione compiti e struttura della Pubblica Amministrazione.

Significativo, in tale prospettiva, è che in questa prima fase, come visto, la problematica della partecipazione si risolve in quegli studi afferenti, precipuamente, la comprensione della reale portata dell'art.3 della legge 2248/1865⁴⁴, quasi che la preoccupazione principale della dottrina fosse quella di ricavare dalla Carta Costituzionale le coordinate per l'affermazione di un modello democratico di amministrazione, al fine di addivenire alla *“rimozione dall'orizzonte teorico e pratico del rapporto tra democrazia e amministrazione”*⁴⁵, rimandandosi ad un secondo momento la individuazione delle opportunità ulteriori che la Carta fondamentale poteva offrire quanto al rapporto tra Amministrazione e Cittadino.

È solo in un momento successivo, e cioè una volta compreso che anche l'Amministrazione si muove nella Costituzione ed è soggetta ai crismi assiologici da questa dettati, dunque, che gli sforzi – a partire dalla fine degli anni 60⁴⁶ - si concentrano sulla *funzione* dell'Amministrazione, eminentemente riguardata come soddisfazione dei diritti dei cittadini e come conseguimento di fini sociali, nella cui realizzazione, propriamente, si concreta la *missione dell'Amministrazione*⁴⁷.

come è disciplinata l'Amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli”.

⁴⁴ Cfr. *supra*, nota 41.

⁴⁵ G. Sorrentino, *Diritti e partecipazione...*, cit. p.33

⁴⁶ Tra i primi F. Satta, *Principio di legalità e pubblica Amministrazione*, Padova, 1969.

⁴⁷ U. Allegretti, *Amministrazione e Costituzione*, Amministrazione Pubblica e Costituzione, Padova, 1996, spec. pp. 10 e 11.

Ricondotta ai paradigmi costituzionali, l'Amministrazione Pubblica risultava allora ri-strutturabile nella sua funzione oggettivata⁴⁸, dimensione quest'ultima prevalente rispetto al pregresso volto soggettivo-volontaristico. Risultava altresì consentita, a questo punto, la destrutturazione dell'Amministrazione quale potere originario⁴⁹, nonché la riconfigurazione del potere quale “*struttura*” che “*consente all'interesse particolare di entrare nella dinamica del potere trasformando la subordinazione del privato espressa dall'interesse legittimo in alcunché di attivo e paritetico. ... Struttura [inoltre] capace di contenere il rapporto, che ha per connotato la parità delle posizioni*”⁵⁰.

Come si vede le dottrine passate in rassegna, risalenti alle fine degli anni '60, richiamano con decisione l'attenzione sulla tematica della partecipazione procedimentale, specie all'atto in cui puntualizzano che l'interesse pubblico - la cui *cura* pur rimane intestata all'Amministrazione - non è interesse “*dello Stato, considerato come ente unitario e autocratico al di sopra dei cittadini, bensì interesse dei cittadini*”⁵¹ e che, in ragione di ciò, la sua stessa considerazione non potrebbe formare oggetto di monopolio pubblico, pretendendo, viceversa, un intervento del privato interessato quale interlocutore dell'Amministrazione.

Si tratta, peraltro, di dottrine che hanno segnato profondamente. Il successivo dibattito sul valore e sulla necessità della partecipazione

⁴⁸ F. Benvenuti, *L'Amministrazione oggettivata, un nuovo modello*, in *Riv. Amm. Sc. dell'Amm.* 1978.

⁴⁹ C. Marzaioli, *Recensione* (a De Pretis, *Valutazione Amministrativa e discrezionalità tecnica*) citato da G. Sorrentino, op. cit., p. 51

⁵⁰ G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 543-544.

⁵¹ V. Frosini, *Riflessioni sul lavoro dell'interprete nel diritto amministrativo e tributario*, in *Diritto e Società*, 1993, p.184, richiamato da Franzese, *Il contratto...*, op. cit., pag. 207, nota 47.

procedimentale, nonché la ricerca di un aggancio costituzionale atto a radicare le pretese partecipative del privato. Così si è ritenuto, in via meramente esemplificativa, che il principio *de quo* andasse ricondotto al principio di imparzialità⁵², a quello di imparzialità da leggersi in combinato disposto con l'art.1 della Carta Fondamentale⁵³, all'art.24 Cost.⁵⁴.

Viceversa, a fronte delle *incursioni* della dottrina, una giurisprudenza pressoché costante, sia costituzionale sia di legittimità, aveva escluso che il principio di partecipazione procedimentale vantasse rango costituzionale⁵⁵ ovvero che lo stesso trovasse generalizzata cittadinanza nell'ordinamento⁵⁶.

Non solo.

Si era pure categoricamente affermato che *“benché la tendenza della legislazione incline all'ampliamento della partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo, possa forse inquadarsi nell'attuazione dell'art. 97 Cost., non appare tuttavia ravvisabile una*

⁵² G. Barone, *L'intervento privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1969, spec. pp. 46 e ss.; U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento*, Amministrazione e Costituzione, Padova, 1996 cit.; F. Benvenuti, *Contraddittorio*, *Dir. Amm.*, voce in Enc. Dir., Vol. IX, Milano, 1961.

⁵³ A. Pabusa, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, p.158

⁵⁴ G. Roehrssen, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Disciplina generale del procedimento amministrativo* Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna - Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, p. 85.

⁵⁵ Tra le altre, cfr. Corte Costituzionale, 2 marzo 1962 n.13, in *Giur. Cost.* 1962, pag. 130; Corte Costituzionale, 25 ottobre 1985 n. 234, in *C. Stato*, II, p.1311; Corte Costituzionale 14 dicembre 1995, n. 505, in *Giur. cost.*, 1995, 4282, nella quale si afferma che *“il principio del giusto procedimento non è assistito in assoluto da garanzia costituzionale”*.

⁵⁶ Per tutte, cfr. *C. Stato*, Sez. IV, 9 dicembre 1964, n.1382, in *Foro amm.* 1964, I, 1397, *C. Stato*, Sez. VI, 14 luglio 1981, n.422, in *C. Stato*, 1981, I, 872; TAR Friuli, 6 maggio 1981, I n.116, in TAR 1981, I, n. 2193; TAR Campania, 21 marzo 1984, n. 208 in TAR 1984, I, 1825.

*violazione della norma costituzionale ogniqualvolta questa tendenza, la cui attuazione è lasciata alle prudenti scelte del legislatore, non si manifesti*⁵⁷.

Alla luce di tanto, rimaneva acclarato che la partecipazione del cittadino ai procedimenti amministrativi che lo interessano assurgeva, al più, al rango di principio generale dell'ordinamento e che per ciò stesso, la pur salda fiducia nella flessibilità interpretativa della Carta Costituzionale, giammai avrebbe potuto realizzare le aspettative della dottrina che aveva inteso inferire dalla funzione oggettivata di cui è titolare l'amministrazione, dal suo carattere di servizio in favore dei cittadini per realizzarne i bisogni, un diverso modello di amministrazione democratica.

Un modello, cioè, per il quale la sua natura democratica non restasse carattere proprio della sola amministrazione in quanto organizzazione, ma che si estendesse allo stesso rapporto intercorrente tra amministrazione ed amministrato.

Le posizioni assunte dalla giurisprudenza, cioè, confermavano il dato per cui, nell'architettura della nostra Carta Costituzionale, era esclusivamente possibile ricavare un modello democratico di amministrazione di tipo espertocratico, ma non per questo necessariamente aperto verso gli amministrati.

E' evidente, allora, che la L.241/90, laddove generalizza, istituzionalizzandolo, il principio della partecipazione procedimentale, a stretto rigore colma – da qui le entusiastiche posizioni della dottrina con cui si è aperto il lavoro – una lacuna *gravissima* della nostra Carta Costituzionale.

⁵⁷ C. Stato, Sez. VI, 14 luglio 1981, n. 422, in *Cons. Stato*, 1981, I, 872 e ss.

Ne discende, peraltro, anche un'orizzonte problematico nuovo ed inaspettato.

Se, infatti, si accertasse che la L.15/05 abbia inciso sui contenuti della L.241/90 – e per quanto qui interessa sulle disposizioni che riguardano la partecipazione procedimentale – *dequotandone* la portata, si ricadrebbe in una situazione non troppo dissimile da quella che fu strenuamente combattuta dalla dottrina a partire dagli anni '70, atteso che, come allora, il principio della partecipazione procedimentale, non avrebbe il suo necessario fondamento in Costituzione.

Una tale conclusione, in altri termini, ricaccerebbe nel nulla i contributi di quelle dottrine che avevano spinto verso la delineazione di un profilo attivo del cittadino, sì da superarne la natura anomica tradizionalmente attribuitagli dalle categorie tradizionali della geometria legale. Tra esse, inoltre, subirebbe una dura smentita la stessa, lungimirante, intuizione della demachia benvenutiana a vantaggio di una visione luhmanniana⁵⁸ dell'Amministrazione, quale sottosistema specifico e funzionalizzato che, autopoieticamente, produce decisioni di là dai contenuti.

3. LA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE NELLA LEGGE N. 241/90

Si è detto in apertura del presente lavoro come l'introduzione nel nostro ordinamento giuridico di una legge generale sul procedimento amministrativo abbia immediatamente suscitato l'entusiasmo, pressoché

⁵⁸ Cfr. *infra*.

unanime, della dottrina⁵⁹. Nel secondo paragrafo si è cercato di ricostruire le ragioni di tale entusiasmo.

Il Supremo Organo di giustizia Amministrativa, a sua volta, nell'evidenziare nel parere reso sullo schema del progetto di legge generale sul procedimento amministrativo⁶⁰ che “*l'obiettivo di fondo, perseguito dalla disciplina, è quello di realizzare un nuovo tipo di rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, assicurando – insieme alla trasparenza, alla speditezza, all'economicità ecc. dell'azione amministrativa – il coinvolgimento del cittadino nella procedura*”, ribadiva, più di dieci anni dopo (e con riguardo alla partecipazione procedimentale), che la legge generale sul procedimento amministrativo aveva introdotto un “*elemento di riqualificazione di grande rilievo civile*”. Non è questa la sede per esporre, neppure sinteticamente, le conquiste di civiltà che la legge generale sul procedimento amministrativo ha consentito, materializzando quel sostanziale (e generale) riequilibrio democratico nella relazione tra amministrazione ed amministrato che neppure la Costituzione, per le ragioni già evidenziate, aveva assicurato.

In termini generali, come ci ricorda Franzese, basti rilevare che le specifiche disposizioni concernenti la previsione di un responsabile del procedimento, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, il potere del privato – in talune ipotesi – di iniziare l'attività senza provvedimento amministrativo che assenta la stessa ma sulla base di personale dichiarazione⁶¹, integrano

⁵⁹ In senso contrario, cfr. A. Taradel, *Profili di efficienza e, pubblicità e trasparenza, dell'azione amministrativa*, in *Riv. Guardia Fin.*, 3/1991, p. 493, richiamato da M. Calabrò, op. cit. pag. 38.

⁶⁰ Ad. Plen. Cons. Stato, 17 febbraio 1987, n.7, in *Foro it.*, 1988, III, 22.

⁶¹ Dello stesso L. Franzese, cfr. “*Il silenzio amministrativo: Sovranità o sussidiarietà delle Istituzioni? A proposito del libro di Torquato G. Tasso*”, in *L'ircocervo Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e diritto dello Stato*, n. 1/2005, il quale, non condividendo la posizione di T. G. Tasso in ordine alla configurazione del

snodi della vicenda umana ed istituzionale del cittadino che, si è opportunamente rilevato, si inscrivono “*in quell’orientamento normativo e culturale che, avendo filosoficamente riconosciuto nella disposizione a seguire una regola e nell’attitudine all’autoregolamentazione dei modi di essere propri della persona, procede verso l’oggettivazione dell’attività amministrativa*”⁶² e che fino a poco tempo prima risultavano difficilmente immaginabili.

A parere di chi scrive, tuttavia, la principale innovazione riconoscibile alla L.241/90 è costituita dalla istituzionalizzazione della partecipazione procedimentale⁶³, deputata a trasformare in regola quanto un tempo costituiva eccezione⁶⁴, ed introducendo quello che, felicemente, è stato definito “*uno statuto di cittadinanza amministrativa*”⁶⁵.

La partecipazione del privato *interessato* alla *adozione* della *giusta* decisione amministrativa, infatti, costituisce un momento essenziale per conseguire l’integrazione tra Stato e Società, portando ad ulteriore e convincente svolgimento la *rappresentazione costituzionale* dell’Amministrazione come *servizio*, come arte di fare *bene* le cose⁶⁶, come

silenzio della Pubblica Amministrazione quale ostacolo alla stessa oggettivazione della Pubblica Amministrativa, invita a considerare tale istituto come un’ulteriore conferma dei principi di autoamministrazione. In particolare, rileva Franzese, che si è al cospetto della manifestazione normativa del principio di sussidiarietà delle Istituzioni “*che, elaborato dalla Dottrina sociale della Chiesa cattolica, accolto nei trattati istitutivi dell’Unione Europea e fissatosi nel testo costituzionale riformato nel 2001, è il palladio della capacità di autodeterminazione soggettiva, rappresentando il dato saliente della nostra esperienza giuridica*”.

⁶² L. Franzese, *op. cit.*, p.206.

⁶³ Cfr. Artt. 7,8,9 e 10 della L.241/90.

⁶⁴ Del dibattito nato in ordine alla portata ed alla interpretazione dell’art. 3 della Legge 2248/1865 si è già detto. Cfr. nota 43.

⁶⁵ Così, A. Police, *Federalismo asimmetrico e dequotazione dell’uguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Il diritto dell’economia*, 3-4/2002, p.489.

⁶⁶ H. A. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1979, p.43

apparato che rileva nella sua funzione oggettivata, il quale è bensì titolare di poteri *discrezionali* per il corretto assolvimento della funzione istituzionale, ma che certamente non è in sé mero potere. La istituzionalizzazione della partecipazione al procedimento costituisce, in sintesi, il superamento definitivo di un'amministrazione *autoreferenziale*, capace, come macchina *autoprogrammata*⁶⁷, di *autodefinire* il pubblico interesse ed i modi del suo migliore perseguimento.

In tale prospettiva, è ben evidente come il cittadino non costituisca più soltanto il *fine* della missione che l'Amministrazione riceve dalla Costituzione, ma anche il *mezzo* che, attraverso un dialogo paritario svolgentesi nel *medio* del procedimento amministrativo ed informato alla pari dignità di pubblico e privato, rimedia peraltro alla potenziale *fallibilità* dell'istituzione, fondando preventivamente un'aspettativa di risultato (la giusta decisione amministrativa) e riaffermando, con decisione, che l'interesse pubblico non appartiene all'Amministrazione ma alla collettività. Le considerazioni che precedono, come è evidente, sono fermamente intrise del convincimento per cui le disposizioni della L.241/90 hanno introdotto nel nostro ordinamento giuridico la partecipazione degli interessati all'esercizio del potere amministrativo, nella duplice ottica *garantistico - difensiva e collaborativa*⁶⁸. Il procedimento amministrativo, sì come

⁶⁷ J. Habermas, *Fatti e Norme*, Milano, 1996, p. 511 e ss. avverte, con riguardo alla carenza di prescrittività del diritto regolativo, come l'Amministrazione sia essa stessa sovraccaricata di compiti di regolazione, dovendo programmare sé stessa in maniera autoreferenziale. La diagnosi di Habermas, e sulla quale si tornerà successivamente, ci consente, già in questa sede, di evidenziarne una visibile contrapposizione rispetto alla posizione di N. Luhmann.

⁶⁸ Cfr. C. Stato, 18 dicembre, 2003, n. 8341, in C. Stato, I, 1255, secondo cui "*l'obbligo per l'Amministrazione di dare comunicazione agli interessati dell'avvio del procedimento è in funzione dell'esigenza di consentire la partecipazione del privato all'attività procedimentalizzata della stessa Amministrazione, in duplice chiave collaborativa e difensiva*". Del pari, secondo C. Stato, 18 ottobre 2002, n.5699, in *Foro Amm.*, CdS 2002,

strutturato dalla legge generale, costituisce infatti la sede privilegiata nella quale il destinatario del potere non chiede soltanto la presa in considerazione della sua posizione individuale, rappresentando *uti singuli* circostanze a lui favorevoli per la definizione, in senso piuttosto che in altro, della vicenda amministrativa, e contestando l'ipotesi di provvedimento che l'Amministrazione intende adottare.

I privati, nella sede elettiva del procedimento, sono – *uti civis* - in grado di portare a conoscenza dell'Amministrazione nuovi elementi di fatto nonché far rilevare l'eventuale esistenza di interessi giuridici non conosciuti dalla P.A.. Così facendo, tuttavia, gli stessi non (*solo*) si contrappongono ma collaborano con la Pubblica Amministrazione, liberano nel procedimento l'energia di cui è capace la propria consapevolezza di *essere* relazionale e sociale, parte cioè di una comunità, trasformando la libertà garantita da cui sono assistiti in un *quid* di attivo che si insinua nel flessibile modulo procedimentale, condizionando la dinamica del potere e cancellandone i tratti di *autoritativismo* e *parterernalismo*.

È stato giustamente osservato, peraltro, come in realtà sia impossibile, logicamente e concettualmente, tenere separate le due *anime* della garanzia e della collaborazione quali si fondono nel *concreto* intervento partecipativo

2357 “La partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo rappresenta non solo espressione del principio di democraticità dell'ordinamento (nel rispetto dei principi di uguaglianza e solidarietà tratteggiati dagli artt. 2 e 3 Cost.) , ma è anche lo strumento per l'effettivo conseguimento dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, fissati dall' art. 97 Cost. , consentendo all' Amministrazione di valutare, attraverso la proposizione di osservazioni e controdeduzioni, complessivamente tutti gli interessi in gioco e di giungere quindi alla determinazione di un giusto provvedimento, soddisfacente dell' interesse pubblico e (tendenzialmente) anche di quello dei privati sia pure nella forma minima del minor sacrificio possibile”. Come si vede l'affermazione del Supremo Consesso di Giustizia amministrativa è estremamente perentoria nel riconoscere alla partecipazione procedimentale la duplice funzione sopra descritta.

profuso dal privato⁶⁹. Sotto il profilo del movente soggettivo, infatti, quest'ultimo, nel partecipare al procedimento amministrativo, sembrerebbe dimostrare ancora di essere soggetto anomico, nel senso che la matrice del proprio intervento sarebbe da ricercarsi nella egotica volontà/necessità di salvaguardare la propria posizione da un'attività dell'Amministrazione che possa pregiudicarlo.

È ben difficile⁷⁰ che la partecipazione al procedimento amministrativo – che riguarda pur sempre, nella maggior parte dei casi, una definizione puntistica della *organizzazione del quotidiano*⁷¹ - l'interessato partecipi esclusivamente per collaborare con l'Amministrazione alla definizione della decisione amministrativa. E, tuttavia, la questione sembra potersi archiviare perché, pragmaticamente, irrilevante, dovendo l'Amministrazione appuntare la propria attenzione e la propria valutazione sul contenuto oggettivo della partecipazione, piuttosto che sulle ragioni che l'hanno determinata⁷². In altri

⁶⁹ M. Calabrò, *op. cit.*, p.105.

⁷⁰ Anche se non impossibile. Infatti, è presumibile che interessi da leggersi non esclusivamente per il loro carattere corporativo, siano rappresentabili da parte di Associazioni. Si pensi all'ipotesi di un Piano Regolatore Portuale al cui procedimento di formazione intervengano le Associazioni degli ormeggiatori, interessati ad una corretta gestione della risorsa mare.

⁷¹ U. Allegretti, *Pubblica Amministrazione e ordinamento democratico*, *op. cit.* p.101. Nello stesso senso, del resto, G. Husserl, *Diritto e Tempo*, Milano, 1998 individuava nell'esecutivo – in cui allora si fondeva l'apparato amministrativo – l'uomo del presente.

⁷² U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.* VIII; Torino, 1993, pp. 131 ss.; A Falzea, *Manifestazione (Teoria Generale) ad vocem*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXV, Milano, 1975, pp. 470 e ss. Così, esemplificativamente, l'espropriando di un terreno sul quale la Pubblica Amministrazione intendesse realizzare la casa comunale, allorché rappresenterà all'espropriante che l'area è interessata da un elevatissimo rischio idrogeologico, lo farà senz'altro per salvare sé stesso dall'espropriazione, ma, contestualmente, rappresenterà alla Pubblica amministrazione una circostanza fattuale dirimente acché, correttamente, si pervenga alla giusta decisione amministrativa che sia in grado di perseguire l'interesse pubblico. A voler procedere, con un diverso esempio, che abbandoni la dimensione tipicamente oppositiva a vantaggio di quella ampliativa, si consideri il caso di colui (un'impresa, per esempio) che intenda allocare un impianto di distribuzione di carburanti su zona E (agricola), il quale – pur sapendo che l'Amministrazione potrebbe, alla stregua della normativa vigente, denegare

e definitori termini, la partecipazione al procedimento amministrativo da parte dell'interessato consente l'ingresso, pieno ed effettivo del cittadino – quale civis e quale singulus - nel farsi dell'Amministrazione come funzione e come servizio, attraverso la rappresentazione di materiale fattuale e - a mio avviso - giuridico che concorre “a realizzare la compiuta emersione di tutti gli elementi rilevanti per la compiuta definizione della vicenda e per il responsabile confronto di tutti gli interessi in gioco (e quindi come strumento per la buona decisione o che, è lo stesso, per la corretta sintesi degli interessi in gioco)”⁷³. L'affermazione della funzione strumentale della procedura, nei sensi sopra descritti, quale momento elettivo di avvicinamento della sfera pubblica e della sfera privata⁷⁴, fonda l'apertura

l'intervento in ragione dell'assenza di distanza minima tra il nuovo impianto e quello frontista (limitazione che la legge prevede per proteggere altre imprese congeneri presenti sul mercato) – rappresenti che il bacino di utenza che il nuovo impianto servirebbe (perché ha il suo sbocco principale su strada diversa da quella su cui affaccia il frontista) è diverso. In questo caso, il privato collabora pur se a partire dal proprio punto di vista, ad orientare la decisione amministrativa all'effettivo conseguimento del pubblico interesse – e cioè una corretta razionalizzazione della rete distributiva dei carburanti che, equilibratamente, soddisfi l'interesse primario del pubblico all'offerta e quelli secondari dell'imprenditore già presente sul mercato a non vedersi spiazzato da una concorrenza (cieca) che ne minerebbe la perdurante sopravvivenza e quello dell'imprenditore che – nello svolgimento di una libertà fondamentale quale è quella di iniziativa economico – intende inserirsi sul mercato. Ora, il caso da ultimo prospettato, è, a mio avviso, particolarmente interessante in quanto l'apporto del privato non consiste nella rappresentazione di un dato fattuale, ma piuttosto nella corretta interpretazione della norma di riferimento. E questo è un punto essenziale, in quanto si deve ritenere che, in una realtà caratterizzata da un produzione incessante di norme spesso prive di organicità e razionalità, il contributo del privato può anche e legittimamente consistere nella corretta interpretazione di una norma che possa ovviare ad una precomprensione errata della stessa da parte dell'Amministrazione. Il che, in difetto della partecipazione procedimentale, non potrebbe avvenire, evidentemente, con conseguente adozione di una decisione amministrativa non giusta che si sarebbe costretti a portare all'attenzione di un Giudicante, con dispendio di tempo e risorse economiche e per il privato e per l'Amministrazione (o meglio per la collettività amministrata), ed ulteriore aggravio della già troppo inflazionata situazione dell'Amministrazione della Giustizia.

⁷³ G. Sorrentino, *op. cit.* pag. 200. Per ulteriori richiami, cfr. *ivi* nota 76, dove il pensiero della dottrina è sostanzialmente univoco nel ritenere che la partecipazione al procedimento amministrativo consente di limitare la discrezionalità.

⁷⁴ J. Habermas, *op. cit.*, p. 522, osserva che “Le pratiche di partecipazione all'Amministrazione non devono essere considerate come semplici surrogati della tutela

verso una nuova tematizzazione della legittimazione del potere e dell'Autorità.

Quest'ultima è infatti legittimata non solo dall'investitura formale ma, da un punto vista sostanziale, dalla effettiva presa in considerazione dalla complessa e complessiva dinamica comunicativa sviluppatasi tra pubblico e privato nel quadro del procedimento amministrativo. Al suo interno, come detto, è potenzialmente emersa la rappresentazione di realtà giuridico-fattuali (l'interpretazione di una norma, la sussistenza di ulteriori interessi pubblici ovvero di soluzioni altre che non comportino inaccettabili sacrifici della posizione del privato ovvero, anche, di altri interessi pubblici e così via), di cui il decisore pubblico, all'atto in cui si determina, non può non tener conto e non può non darne conto in base ad indeclinabili imperativi di responsabilità verso la collettività.

Una motivazione stringente in ordine alla decisione assunta rassicura che il potere sia stato esercitato in funzione del soddisfacimento dell'interesse pubblico e cioè dell'unica ragione per la quale è tollerabile, oggi, una *deminutio* del privato a fronte del pubblico.

Si tratta di motivazione, si ripete, che in tanto palesa equità, ragionevolezza, giustizia della decisione, piuttosto che mera legittimità, in quanto non solo corrisponda effettivamente al pubblico interesse⁷⁵, ma in quanto integri pure

giurisdizionale, ma come procedure efficaci ex ante a legittimare decisioni che (nella loro sostanza normativa) vengono a sostituire atti dell'apparato legislativo e giurisdizionale".

⁷⁵ Viceversa N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, pag. 218, ritiene che la motivazione "non può seriamente venire intesa come mezzo volto a tale scopo [cioè in funzione di legittimazione dell'esercizio del potere dal punto di vista del partecipante], né può essere conseguentemente predisposta. Se veramente essa volesse tentare di convincere personalmente il destinatario, dovrebbe usare un linguaggio del tutto diverso, o dovrebbe, ad esempio, offrirgli una contropartita, oppure mostrargli come egli possa inserire la decisione nella propria situazione di vita, e per tutto ciò occorrerebbe reperire ed elaborare una quantità di informazioni aggiuntive nella procedura preliminare

la manifestazione, irrinunciabile, della presa in considerazione della posizione del privato. E ciò non solo allorché questi si difenda – *funzione di garanzia della partecipazione* – ma anche quando, *attivamente*, esponga il suo punto di vista nella prospettiva del *co-amministrare*, contribuendo - con il proprio apporto e nell'esplicazione della inalienabile dignità di individuo che non può restare estraneo ai processi decisionali che lo riguardano - al raggiungimento del pubblico interesse.

Il quale ultimo, inoltre, non appartenendo all'Amministrazione ma alla collettività, meglio esce definito dal confronto tra le parti della vicenda amministrativa.

Nella prospettiva tracciata, la partecipazione del privato al procedimento amministrativo assurge, dunque, essa stessa a condizione di legittimazione dell'esercizio del potere e contribuisce all'adozione della decisione giusta. Condizione che, seppure a grandi linee e con innegabili limiti, la legge 241/90, nel testo originario, aveva realizzato, prevedendo un modello sostanzialmente appagante delle esigenze partecipative del privato nel procedimento amministrativo.

alla decisione ... la funzione della motivazione è ben altra, vale a dire quella di fare da trait d'union per il successivo controllo da parte del giudice amministrativo. La motivazione fissa le linee dell'argomentazione che la pubblica amministrazione sosterrebbe in un eventuale procedimento giudiziario e fornisce così al destinatario una base di giudizio che gli consente di decidere se impugnare o no il provvedimento". Come si vede la concezione luhmanniana del procedimento amministrativo si caratterizza – come rilevato da A. Febbrajo nell'introduzione al testo, pag. X – per la *“diffidenza verso un'apertura dell'Amministrazione all'accesso e alla partecipazione da parte degli utenti”* posto che ciò comporterebbe una rinuncia di una differenziazione funzionale tra politica ed amministrazione. I procedimenti amministrativi, secondo Luhmann, dovrebbero insomma essere *“liberati dalla necessità di preoccuparsi del soddisfacimento dei sentimenti e della legittimità, ed essere invece organizzati in modo puramente strumentale”* cfr. Luhmann, op. cit., pag. 236.

3.1 Una rinnovata geometria

In difetto dell'utilizzazione dello schema pattizio che consenta un superamento delle categorie di pubblico e privato, si deve ritenere – dunque e comunque - ipotizzabile una rinnovata prospettiva *democratica* dei rapporti tra cittadini ed amministrati. In questo senso, la partecipazione del privato interessato al procedimento amministrativo, sembra comportare una sostanziale simmetria nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, anche quando non si metta in radicale discussione la relazione verticistica e gerarchica che la nostra storia ordinamentale e costituzionale ci ha consegnato del rapporto.

Come è possibile ricomporre e spiegare l'apparente contraddizione aperta dall'affermazione che precede? Come è possibile, cioè, ipotizzare una simmetria *orizzontale* delle posizioni di pubblico e privato, nel quadro del procedimento amministrativo, anche quando non si materializzi il superamento delle categorie della geometria legale?

Non si tratta, come è evidente, di importare rivoluzioni nelle tradizionali categorie della geometria euclidea, giustappoendo dimensioni spaziali in realtà antitetiche (o meglio perpendicolari). Si tratta, viceversa, di prendere atto del fatto che le due dimensioni – quella orizzontale e simmetrica e quella verticistica, gerarchica ed asimmetrica – possono anche non incontrarsi (o meglio non escludersi reciprocamente) e, dunque, necessariamente segnare il superamento delle categorie di pubblico e privato ovvero, ed in senso opposto, marcare la svolta autoritaria.

Tali dimensioni, infatti, in tanto rinvegono un punto di equilibrio democratico, in quanto se ne ammetta la coesistenza spaziale su due *piani* diversi: quello procedimentale e quello decisionale.

Se non ricorre l'utilizzazione del modulo contrattuale, è quello procedimentale, in altri termini, il momento in cui deve decisamente – e **senza cedere di un passo** - ipotizzarsi, sempre, una posizione paritaria tra cittadini e pubblica amministrazione, rinvenendosi su quel piano la sintesi di due esigenze bensì diverse ma consustanziali: e cioè che l'amministrato esprima il proprio punto di vista quale individuo (*uti singuli*) e quale cittadino (*uti civis*) che contribuisce, con il proprio apporto collaborativo, affinché il potere commesso alla Amministrazione sia effettivamente specularmente all'esercizio della funzione. Con la partecipazione procedimentale, dunque, si può definitivamente ritenere superata l'*astratta ed infeconda idea dell'individuo*⁷⁶ propria della tradizione ottocentesca, e, con essa, la stessa equazione per cui alla Pubblica Amministrazione corrisponde l'esclusiva titolarità dell'interesse pubblico.

Anzi, nella prospettiva della partecipazione al procedimento amministrativo, ben si comprende come emerga la garanzia più che attendibile del fatto che l'Amministrazione sia meno fallibile nell'assolvimento della missione commessagli dai valori costituzionali. Una volta che si ammette, infatti, in sede procedimentale un confronto tra Amministrazione e interessato alla decisione, l'Amministrazione viene *liberata*, grazie al cittadino, da uno stato di precomprensione della realtà giuridico – fattuale (costituente il

⁷⁶ Secondo la nota espressione di A. Orsi Battaglini, *L'astratta e infeconda idea...*, cit *sub* nota 37.

presupposto della decisione) che potrebbe essere anche erroneo o, comunque, fattualmente e giuridicamente tale da non giustificare la trasformazione in decisione del progetto di decisione.

Esemplificativamente, potrebbe forse escludersi che il funzionario si determini nell'irrogare una sanzione sulla base di una norma che il giorno prima è stata abrogata? Potrebbe escludersi che, nel determinarsi per l'adozione di un'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo, il funzionario non sappia che quello stesso giorno il privato ha inoltrato all'Amministrazione a mezzo di lettera raccomandata un'istanza di condono edilizio⁷⁷? Potrebbe forse escludersi che il funzionario si determini nell'adottare un provvedimento di chiusura di attività commerciale sulla base di un'erronea interpretazione della normativa vigente, fatta palese da una costante giurisprudenza? Gli esempi appena riportati non sono casuali,

⁷⁷ L'esempio può essere compreso meglio, considerando che le leggi 47/85, L. n. 724/94 e L. n. 326/03 ricollegano l'inefficacia, ope legis, della sanzione demolitoria alla presentazione della domanda di concessione in sanatoria (cd. condono edilizio) e che tale presentazione coincide, laddove effettuata a mezzo del servizio postale, con la data di spedizione. Esiste quindi uno iato temporale in cui l'efficacia della sanzione (supponiamo che la stessa sia, come si dice *ad horas* e cioè senza dilazioni tra la notificazione e la sua eseguibilità) è sospesa ma il dirigente non può saperlo. Quale è la conseguenza che discende dalla mancata comunicazione di avvio del procedimento preordinata a consentire la partecipazione del privato? Che il dirigente procederà all'abbattimento dell'immobile illegittimamente. Che il privato perderà, illegittimamente un bene, e che il Giudice Amministrativo condannerà, presumibilmente, l'Amministrazione al risarcimento del danno. Ma su chi ricade il danno così pagato? Evidentemente sulla collettività amministrata. Il paradosso può a questo punto non fermarsi. Se, infatti, il Giudice Contabile evocasse in giudizio il dirigente per la ripetizione dell'esborso erariale in ragione della sua condotta negligente (in questo caso, presumibilmente, per non aver avviato il procedimento consentendo al privato di contraddire), il dirigente ben potrebbe, a propria scusante, invocare l'orientamento prevalente nella giurisprudenza amministrativa per il quale, trattandosi di atto vincolato, l'ordine di demolizione non deve essere preceduto dall'avvio del procedimento (Cfr. Cons. Stato, IV Sez., 30 marzo 2000 n. 1814, in Cons. Stato 2000, I, 707). Vorrà chi legge scusare il lungo esempio riportato. Ma pare che esso ci lasci intendere come, per risparmiare tempo -alcuni giorni entro cui consentire al privato di manifestare le sue osservazioni- sia stata messa in moto una macchina *mostruosa*, che ha comportato tutto tranne che risparmi: dispendi economici e di tempo per il privato, per il dirigente, per l'Amministrazione, per la Giustizia.

in quanto si riferiscono ad ipotesi di attività vincolate⁷⁸, cioè di attività in cui il decisore *sembra* difettare di discrezionalità. Il che dimostra, evidentemente, quanto importante sia la partecipazione del privato anche in relazione a siffatte ipotesi⁷⁹.

In altre parole, la parità delle posizioni tra cittadino e pubblica amministrazione deve sussistere, con certezza, nella fase procedimentale, quando il progetto di decisione non si è ancora trasformato in decisione - quando il potere, per dirla con Capozzi⁸⁰, è ancora chance e non già scelta (decisione) - affinché l'Amministrazione decida *con* il cittadino.

Ciò comporta bensì parità di posizioni tra cittadini ed Amministrazione, fondando la prospettiva di un diritto *paritario*, ma non implica uno scambio di ruoli tra cittadini e pubblica amministrazione, e, per questa via, un travolgimento della competenza formale.

Così inteso il ruolo della partecipazione degli interessati, e cioè nella dimensione relazionale e sociale, il problema di chi materialmente assume la decisione muta la consistenza tradizionalmente riconosciuta. Se infatti il presupposto della valorizzazione della piena partecipazione procedimentale all'esercizio della funzione amministrativa – quale risulta dall'elaborazione

⁷⁸ Cfr. *infra*.

⁷⁹ Dell'impossibilità che una decisione sia vincolata in ogni suo aspetto, del resto, si rende conto lo stesso N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, pag. 297, laddove, riferendosi ai programmi condizionali, e cioè a quei programmi che assumono la forma generale del "se-allora" – clausola questa che Luhmann pare intendere come necessitante e condizionate il programma – rileva che "*in confronto ai programmi di scopo, questo è il grande vantaggio che le condizioni possono (ma non devono per forza!) essere stabilite in modo univoco*". L'Autore, tuttavia, avverte subito che "*il fatto che questa firma di programma consenta di raggiungere una certa precisione, tuttavia, non esclude che possano essere inserite indeterminanze ... l'indeterminatezza può essere prevista tanto nella clausola "se" quanto in quella "allora". Nel primo caso, si tratta di un problema di interpretazione, ben noto ai giuristi. Nel secondo, la decisione da prendere non è stabilita in modo univoco*".

⁸⁰ G. Capozzi, *Le Ek-stasi del fare*, Vol. II, Napoli, 1998, p. 676.

dottrinale che nei cittadini vede non più semplici destinatari ma veri coamministratori – risiede nella coscienza dell'autonomia soggettiva e nell'idoneità del singolo a valutare le implicazioni del proprio operato⁸¹, ci si rende conto della complementarità – piuttosto che della contrapposizione - delle posizioni di pubblico e privato.

In altri termini si tratta, per dirla con Habermas⁸², di procedere ad una sorta di idealizzazione controfattuale che, però, riguarda il solo soggetto privato. Dell'Amministrazione, infatti, si sa che, istituzionalmente, deve agire per conseguire il pubblico interesse; dell'interessato, viceversa, si può *idealizzare*, in ogni caso, che il concreto intervento nell'ambito del procedimento, in quanto individuo che valuta le implicazioni del proprio operato sulla vita di gruppo, avvenga anch'esso per la cura dell'interesse pubblico.

La perdurante presenza dell'autorità acquista allora una diversa funzione giustificatrice, consistente, tra l'altro, nell'assicurare un controbilanciamento rispetto all'affacciarsi di poteri forti nel proscenio procedimentale, conservando la discrezionalità, in conseguenza, un proprio ruolo specifico⁸³. Il *proprium* di quest'ultima risiederebbe, allora, nello scegliere in funzione ed in attuazione dell'interesse pubblico. “*In mancanza*

⁸¹ L. Franzese, *Il contratto...* cit., pag. 200 e ss.

⁸² J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pagg. 12 e ss. Per Habermas, come è noto, le idealizzazioni costituiscono dei presupposti pragmatici di natura controfattuale cui necessariamente ci si deve affidare per “*agire comunicativamente*”. Tali presupposti, in altri termini, integrano la precondizione – dotata di *debole necessità trascendentale* – per mettersi d'accordo con un destinatario circa qualcosa nel mondo. In questo senso, l'adozione della giusta decisione – oggetto dell'intesa – tra amministrazione ed amministrati deve muovere dalla valorizzazione della capacità dei cittadini di attendere alla cura degli interessi pubblici e dalla responsabilità morale anche verso la collettività.

⁸³ R. Ferrara, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso, dalla specialità amministrativa ad un diritto amministrativo di garanzia*, in *Dir. Amm.*, 1997, p. 261. In senso conforme, mi sembra l'opinione anche di L. Franzese, *Il contratto...* cit., pag. 218.

di un separato ed autonomo potere discrezionale dell'Amministrazione, la decisione finale finirebbe per essere facilmente pilotabile da parte di quei gruppi di amministrati più forti (e per quanto capaci di esercitare un'attività partecipativa più incisiva), con facilmente intuibili conseguenze di disuguaglianza e violazione dei principi di imparzialità"⁸⁴. Ne discende, in tali ipotesi, l'affermazione dell'irrinunciabilità quale predicato che caratterizza la relazione tra cittadini ed amministrati in un duplice, differente, senso.

Per un verso, è irrinunciabile, in assenza dell'utilizzazione dello schema pattizio e consensuale, la discrezionalità dell'Autorità e la posizione di supremazia che essa comporta nei confronti del cittadino, in quanto costituisce la garanzia che il conseguimento dell'interesse pubblico – interesse della collettività - possa sempre avvenire. E ciò sia quando un mutamento della situazione fattuale e giuridica lo imponga in un momento successivo alla cristallizzazione dell'assetto di interessi creato in precedenza, sia quando, espletata l'istruttoria con la indeclinabile partecipazione del privato, si tratti di scegliere e di formulare un giudizio, rispetto al quale, sia bene inteso, deve rimanere estranea la logica autoritaria (e soggettiva) – secondo cui l'Amministrazione Pubblica *superiorem* non recognoscet – ad esclusivo vantaggio di quella funzionale (ed oggettiva).

In un profondo saggio di teoria generale dedicato alla discrezionalità, D. J. Galligan⁸⁵ osserva che *“il potere discrezionale non è un elemento puramente marginale rispetto all'esercizio dell'autorità pubblica, né*

⁸⁴ R. Ferrara, op. loc. ult. cit.

⁸⁵ D. J. Galligan, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999, p. 7.

costituisce un'indesiderabile deviazione da un ideale di governo ... i poteri discrezionali sono importanti in qualsiasi sistema di autorità ... ci sono buoni motivi perché ci sia la discrezionalità e che i poteri discrezionali non sono né necessariamente, né tipicamente, per qualche verso, arbitrari ed estranei al diritto” e, con riferimento ad altro significato della discrezionalità, “le ambiguità del linguaggio, le diversità delle circostanze, l'indeterminatezza dei fini pubblici sono le ragioni che, come ci ha ricordato H.L. Hart, garantiscono alla discrezionalità un ruolo perenne nell'ordinamento giuridico e fanno della sua eliminazione un sogno impossibile”.

Dovrebbe a questo punto essere chiaro anche il perché dell'irrinunciabilità della partecipazione al procedimento da parte del privato interessato, sia quando ricorre un'attività vincolata, sia, viceversa, nella diversa ipotesi di attività discrezionale. La partecipazione al procedimento amministrativo, infatti, consente che il privato contribuisca, *uti singuli* ed *uti civis*, alla rappresentazione della realtà fattuale e giuridica, presupposto necessario dell'adozione della giusta decisione; della decisione migliore cioè per il conseguimento del pubblico interesse in funzione del quale, soltanto, l'Autorità ha ragion d'essere e di essere conservata.

Si struttura, nel procedimento, un dialogo paritario tra due o più parti – il decisore pubblico ed i privati – per le finalità e con i tratti sopra descritti ma senza che ciò comporti alcuno scambio di ruoli tra l'uno e gli altri, né la *capacità di disporre* reciprocamente delle proprie posizioni.

È nella evoluzione tridimensionale della geometria classica, la quale consente la coesistenza e compresenza di due *piani* diversi ma parimenti

imprescindibili, dunque, che si deve registrare l'evoluzione in senso finalmente e compiutamente democratico della specialità amministrativa, allorché, in assenza dell'utilizzazione del *contratto*, non si verifichi la messa in discussione delle categorie classiche di Pubblico e Privato⁸⁶.

3.2 LA RIVOLUZIONE “FALLITA” E LA SUCCESSIVA RESTAUZIONE DELL’“AUTORITARISMO” TRA ANTICIPAZIONI GIURISPRUDENZIALI E CONFERME LEGISLATIVE

Si è acquisito all'indagine che la istituzionalizzazione⁸⁷ della partecipazione procedimentale ha costituito l'espressione della insopprimibile esigenza di avvicinare ed integrare stato e società, consentendo all'interessato di penetrare, con la consapevolezza di cui è capace quale singolo e quale cittadino, nella logica del procedimento al fine di orientare la determinazione del decisore nel senso della giusta decisione.

Si è altresì esposta una rinnovata articolazione della geometria classica della relazione cittadino – pubblica amministrazione, attraverso la quale, senza sacrificare i profili di autorità del decisore pubblico, che si esprimono nella dimensione politica della discrezionalità, è possibile non di meno tracciare un'orizzonte *inclusivo* del cittadino, ipotizzando una posizione di assoluta

⁸⁶ In questo senso, R. Ferrara, *La Pubblica Amministrazione...* cit., pag. 267; dello stesso Autore, si confronti l'acutissimo *Procedimento Amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'Amministrazione alla libertà dell'Amministrazione?* in *Studi in onore di Umberto Pototsching*, Milano, 2002, pagg. 483-501.

⁸⁷ Ritorna nel presente lavoro, più volte, l'espressione istituzionalizzazione. Si tratta, evidentemente, di un significato affine a quello voluto da J. Habermas, *Fatti e norme*, op. cit., nonché, ancor prima da J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Torino 2001, pp. 17-37, con riferimento alla creazione di filtri di legittimazione ad opera del diritto procedurale.

parità tra pubblico e privato nella fase procedimentale: fase nella quale il progetto di decisione non è stato ancora trasformato in decisione.

A questo punto, basterà evidenziare sinteticamente come la prassi giurisprudenziale, prima, e gli sviluppi normativi, poi, abbiano smentito – e vanificato – la possibile rivoluzione da tanti auspicata, al fine di comprenderne compiutamente le ragioni.

È noto, anzitutto, che, nella L.241/90, le ragioni politiche della partecipazione vengono appagate, tecnicamente, con la *cd. comunicazione di avvio del procedimento*⁸⁸ in favore, tra gli altri, dei “*soggetti nei confronti dei quali il provvedimento amministrativo è destinato a produrre effetti diretti (ampliativi o restrittivi)*”^{89 90}. Attraverso la comunicazione di avvio del procedimento, l’interessato, dunque, sa che l’Amministrazione intende adottare un provvedimento che dispiegherà, direttamente ovvero indirettamente, incidenza nella sua sfera giuridica.

Sa, inoltre, chi è il responsabile del procedimento⁹¹ e sa che può presentare memorie ovvero documenti⁹² con i quali rappresentare all’Amministrazione

⁸⁸ Sul quale, cfr. in dottrina, tra gli altri, L. Centofanti, *Comunicazione di avvio del procedimento (art. 7 della L.241/90). Ambito oggettivo*, in *Riv. Amm.*, 1994, 906 e ss.; F. Saitta, *L’omessa comunicazione di avvio del procedimento: profili sostanziale e processuali*, in *Dir. Amm.*, 2000, 3 – 4 p. 449; M. A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza*, in *Foro Amm. – TAR 2004*; 5, p.1595.

⁸⁹ Sulla nozione di soggetti destinatari del provvedimento, cfr. TAR Lazio, III sez., 22 aprile 1992, 433, in TAR, 1992, I, 1838; TAR Marche, 21 giugno 1991 n.394, in TAR, 1991, I, 3060; TAR l’Aquila 28 ottobre 1993, n. 527, in TAR, 1993, I, 4662.

⁹⁰ Arg. Ex art. 7,8,9 L.241/90: Gli altri soggetti cui la comunicazione del procedimento deve essere inviata sono quelli che per legge devono intervenire, quali le Amministrazioni chiamate ad esprimere pareri ai sensi dell’art.16 della L.241/90 ed i terzi che possono ricevere un pregiudizio dal provvedimento finale in quanto individuati ovvero facilmente individuabili.

⁹¹ La previsione della figura del responsabile del procedimento è apparsa, univocamente, come lo strumento attraverso il quale l’Amministrazione, da apparato burocratico imperscrutabile ed inaccessibile, si personifica, garantendo al cittadino un contatto immediato e non più solo formale con l’agire amministrativo. Si capisce, dunque, perché sulla novità della disposizioni appunti la propria attenzione non solo il giurista ma anche il

il proprio punto di vista, non solo per non venirne lesa, ma anche per concorrere, con il decisore pubblico, alla rappresentazione di fatti o interessi, pubblici o privati, ulteriori, onde la discrezionalità non si risolva in arbitrio.

Ebbene, nonostante non sfugga ad alcuno la capitale importanza delle previsioni richiamate ai fini della democratizzazione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, la giurisprudenza ha, nel corso degli anni, costantemente proceduto ad un ridimensionamento della portata applicativa della disposizione:

a) esemplificativamente, anche in relazione ai procedimenti in cui massimamente si ha la compressione dei diritti dei privati – e cioè la espropriazione della proprietà per finalità di pubblica utilità – sono sorti dubbi in relazione all’obbligatorietà dell’avvio del procedimento nei subprocedimenti espropriativi di occupazione di urgenza e di dichiarazione di pubblica utilità implicita.

Quanto alla prima fattispecie, una costante giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che nel procedimento espropriativo, le finalità partecipative si esauriscono nelle fasi relative all’approvazione del progetto e, se necessario, della modifica dello strumento urbanistico e non ha alcun

filosofo. Al riguardo, cfr. L. Franzese, op. cit.; L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002. anzi, è da dire, al riguardo, che è proprio la figura del responsabile del procedimento che rappresenta un passo decisivo, secondo gli studiosi della c.d. comunicazione pubblica, per superare una “autoreferenziale visione dell’informazione pubblica a vantaggio di una vera e propria funzione amministrativa di comunicazione. Ma, a fronte di una innovazione così rilevante, la giurisprudenza amministrativa è assolutamente pacifica nel ritenere che l’omissione integri una mera irregolarità e che non sia sanzionabile con l’annullamento, con buona pace, del tentativo di avvicinare il cittadino all’Amministrazione: cfr. per tutte C. Stato, IV sezione, 2 gennaio 1996, n.3, in *Foro Amm.*, 1996, 53.

⁹² art.10 della L.241/90.

significato prevedere un'ulteriore fase partecipativa nel subprocedimento di occupazione di urgenza destinato alla mera esecuzione delle scelte consacrate negli atti che stanno a monte; pertanto non occorre che il procedimento di occupazione di urgenza inizi con la comunicazione della sua apertura⁹³.

Analogamente, il Consiglio di Stato ha anche puntualizzato che nell'ambito della dichiarazione di urgenza non occorre, a differenza del caso di dichiarazione di pubblica utilità, che conserva momenti di scelta discrezionale, l'avviso di avvio del procedimento, non perché vi osti l'elemento "urgenza", "*ma in ragione del fatto che in tale circostanza si tratta di porre in essere adempimenti puramente attuativi di provvedimenti presupposti*"⁹⁴;

b) peraltro, in omaggio al principio di conservazione dell'atto che abbia raggiunto il suo scopo, parte della giurisprudenza reputa che non assuma valenza inficiante l'omessa comunicazione di avvio, qualora il privato abbia comunque avuto notizia dell'avvio del procedimento o abbia avuto modo di parteciparvi mediante l'accesso agli atti istruttori e l'invio di memorie e documenti. In caso contrario, vi sarebbe un'inutile duplicazione del procedimento con aggravio di tempo per l'Amministrazione⁹⁵;

⁹³ C. Stato, IV sez., 07 novembre 2001, n.5723, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 49, pag. 94 ; Cons. Stato, IV sez., 28 gennaio 2002, n. 452, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, pag. 72; C. Stato, IV sez., 28 gennaio 2002, n.457, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, pag. 74; TAR Latina, 10 ottobre 1998, n.994, in TAR, 1998, I, pag. 3963.

⁹⁴ C. Stato, V sez., 18 marzo 2002, n.1562, in *Foro it.*, 2003, III, pag. 229.

⁹⁵ TAR Toscana, I sez., 3 marzo 1993, n.207, in *Foro it.*, 1994, III, 254, in *Foro amm.*, 2000, 2298; TAR Toscana, I sez., 20 dicembre 1999, n.1114, in *Foro amm.*, 2000, 2298; TAR Toscana, I sez., 25 gennaio 1993, n.12, in *Toscana lavoro giur.*, 1993, 301; TAR Veneto, II sez., 13 maggio 1992, n.442, in *Giust. civ.*, 1993, I, 828; C. Stato, V sez., 1 aprile 1997 n. 306, in *Cons. Stato*, 1997, I, 491; C. Stato, sez. IV., 20 febbraio 2002, n.1031, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 411; C. Stato, IV sez., 27 novembre 2000, n.6305, in

- c) con riguardo poi agli atti vincolati, la giurisprudenza ha escluso la necessità della comunicazione, posto che quest'ultima, pur se ritualmente effettuata, non sarebbe in alcun modo idonea a modificare l'esito dell'iter procedimentale indicato dal legislatore⁹⁶;
- d) ancora non sarebbe necessaria la comunicazione di avvio del procedimento nel caso di atto di autotutela dell'Amministrazione quale provvedimento dovuto⁹⁷;
- e) non vi sarebbe, inoltre, la necessità della comunicazione di avvio del procedimento quando l'interessato sia comunque venuto a conoscenza di vicende che conducono necessariamente all'apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti⁹⁸;
- f) il che vale anche nei casi in cui il procedimento consegue, con un preciso nesso di derivazione necessaria, da una precedente attività amministrativa già conosciuta dall'interessato⁹⁹.

Riv. giur. edilizia, 2001, I, 441; C. Stato, II sez., 27 ottobre 1999, n.1359, in Cons. Stato, 2000, I, 821; C. Stato, V sez. 22 maggio 2001, n.2823, in Cons. Stato, 2001, I, 1186.

⁹⁶ C. Stato, V sezione, 16 novembre 1998, n. 1615, in Cons. Stato, 1998, I, 1870; in senso parzialmente conforme, nel senso che ai fini dell'annullamento l'interessato dovrebbe fornire in giudizio la prova che la sua partecipazione condurrebbe a diverso risultato, cfr. TAR Bari, I Sez., 15 settembre 1997, n.546, in Ragiusan, 1998, fasc. 168, 35; C. Stato, IV sez., 12 marzo 2001, n.1381, in Giornale dir. amm., 2001, 483; TAR Lazio, III sez., 14 marzo 1998, 1093, in Trib. amm. reg., 1998, I, 1737; C. Stato, Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1365, in Foro amm., 1997, 3053; C. Stato, Sez. V, 13 novembre 1995, n.1562, in Riv. giur. edilizia, 1996, I, 345

⁹⁷ TAR Bari, II sez., 28 settembre, 1994, 1277, in Trib. amm. reg., 1994, I, 4185.

⁹⁸ C. Stato, IV sez., 18 maggio 1998, n.836, in Rass. dir. farmaceutico, 1998, 1047; TAR Lazio, II sez., 21 aprile 1998, n.636, in Temi romana, 1998, 539.

⁹⁹ Sul punto, cfr., tra le altre, C. Stato, V sezione, 30 dicembre 1998, n. 1968, Foro amm., 1998, 3140. Significativamente, in dottrina, A.M. Sandulli, *op. cit.*, 2004, p. 1599, si rileva che non è affatto agevole stabilire quando un procedimento stia in nesso di necessaria derivazione da altro precedente.

La necessità di attardarsi sulla realtà dei tribunali muove dal fermo convincimento per cui una corretta riflessione giusfilosofica non potrebbe che partire da quanto in essa si verifica.

Ebbene, la realtà appena descritta ci impone alcune riflessioni che vanno oltre la pur evidente – ad avviso di chi scrive – considerazione che, anche nel nostro ordinamento giuridico, i Giudici hanno trapassato il dato costituzionale della loro sottoposizione alla legge¹⁰⁰. Si è assistito alla *creazione giurisprudenziale* incessante di fattispecie in cui la partecipazione del privato all'esercizio del potere è stata considerata questione sopprimibile. Di là dalle già stringenti limitazioni discendenti dal dettato normativo, i Giudici hanno forzato le maglie della legge, progressivamente

¹⁰⁰ Art.101 co.2 Cost. Che nella società complessa contemporanea, il giudiziario non possa più essere confinato al freddo ruolo di *bouche qui prononce les paroles de la loi*, come affermato da Montesquieu, è un'idea costante nella letteratura che si occupa del nesso e dei rapporti si instaurano in ragione dell'impatto dei processi di globalizzazione sulle categorie classiche della sovranità statale e del diritto nazionale. In tale prospettiva, il giudiziario – cfr. N. Luhmann, *Stato di diritto e Sistema sociale*, trad. it. Napoli, 1978, p.60 – “*produce e applica nella pratica tutto il diritto di cui ha bisogno*”, prendendo atto di una realtà che, in ragione della sua complessità, non consente più al giudice di farsi portatore di quei valori immutabili espressi nella legge. Il primato del giudiziario costituirebbe il controaltare, per così dire, della crisi attraversata dallo strumento formale della legge e della sua incapacità, oggi, di racchiudere con formule generali ed astratte una realtà viceversa sempre in movimento e sfuggente. Su questi temi, cfr. tra gli altri, F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, op. cit., spec. p.115; nonché M.R. Ferrarese nei Saggi *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000 e *Il diritto al presente*, Bologna, 2002. Ebbene, è appena il caso di sottolineare che l'interpretazione della giurisprudenza amministrativa oggetto di analisi, e di contestazione, non ha nulla a che fare con la crisi della legge né, all'evidenza, con una realtà ineluttabilmente sfuggente perché pervasa ed attraversata da una *ratio* economica condizionante e parimenti imprevedibile. Nella giurisprudenza amministrativa citata vi è, piuttosto, una scelta tra due valori (?), tra quello cioè che l'azione amministrativa si svolga celermente e senza ostacoli ovvero quello della partecipazione del privato interessato alla decisione. Dietro l'apparente semplicità dell'opzione, si esprime viceversa la problematicità di ben altra ed inquietante questione: e cioè la scelta dell'uno o dell'altro parametro dà conto della misura in cui la partecipazione del privato, uti singuli ed uti civis, viene considerata necessaria per la legittimazione dell'esercizio del potere, ovvero, e se si vuole, in un senso diverso, quella scelta segna il grado di emancipazione dalla sudditanza che, in un sistema democratico, viene riconosciuto al cittadino.

riducendo quella conquista di civiltà che la partecipazione dell'interessato aveva rappresentato.

Ciò però, è appena il caso di precisarlo, non è avvenuto perché difettava la copertura normativa della fattispecie concreta o perché la realtà si era spinta sin troppo in avanti rispetto alle previsioni, astratte e generali, contenute nel modulo legislativo – perciò chiamato *generale* – sul procedimento amministrativo.

La scelta è avvenuta, invece, sulla basa di una realtà, tutt'altro che sfuggente, anzi potremmo dire tipica. E' quella per la quale, le Amministrazioni – *in buona o in cattiva fede* - hanno ritenuto di poter agire in naturale solitudine, con ciò valutando *a priori* come, perché e quando, esercitare i poteri per conseguire il pubblico interesse, incuranti del punto di vista del destinatario di quel potere.

Ma questo – è bene rimarcarlo ulteriormente – si è verificato anche al di là delle ipotesi tipiche in cui la legge consente di non evocare l'interessato nella sede procedimentale, ipotesi tutte, condivisibili o meno, ma senz'altro dotate di un'intrinseca razionalità.

La previsione per cui l'avvio del procedimento non è necessario nell'ipotesi di urgenza, per esempio, si spiega con la necessità che la cura del pubblico interesse non venga pregiudicata dal ritardo legato alla partecipazione procedimentale. In tal caso, un equo bilanciamento degli interessi pubblici e privati impone il sacrificio di quello privato ai fini della salvaguardia stessa del sistema. Quest'ultimo, tuttavia, cosciente del fatto che dietro la conclamata urgenza si possano nascondere possibili arbitrii o prevaricazioni

impone che, attraverso congrua motivazione, si spieghino in cosa consistano le ragioni di urgenza.

Viceversa, l'attività creativa in cui si è prodigata la giurisprudenza non è solo inaccettabile perché mina la certezza delle posizioni soggettive dei privati e la legittima aspettativa circa la *calcolabilità* ovvero la *prevedibilità* dei comportamenti dei pubblici poteri che la legge 241/90 aveva permesso.

L'attività della giurisprudenza amministrativa è, a mio parere, fortemente criticabile anche e soprattutto perché si risolve, coscientemente ovvero incoscientemente, nel ripristino dell'*astratta ed infeconda idea dell'individuo* propria della tradizione ottocentesca, che porta inevitabilmente all'esclusione del *civis* dai processi decisionali in quanto momento *superfluo* nel dinamico svolgimento del potere.

È superfluo tale contributo, peraltro, perché la macchina amministrativa è capace di autoselezionare interessi e scegliere soluzioni in piena autonomia senza il necessario apporto del cittadino. Ma, così procedendo, si ritorna alla pregressa, fallimentare, esperienza della separazione tra Stato e Società.

Orbene, una possibile obiezione alle considerazioni che precedono potrebbe muovere dal fatto che la limitazione *ope iudicis* alle ipotesi di partecipazione procedimentale è, comunque, circoscritta ai soli atti vincolati in cui difetterebbe in capo all'Amministrazione ogni profilo di discrezionalità.

Al fine di cogliere l'infondatezza di simile prospettazione, si potrebbe prendere le mosse da una constatazione oggettiva, per così dire preliminare, sulla quale, si ritiene, non si debba fornire specifica dimostrazione. Si tratta della massiccia ed incessante produzione normativa che interessa il nostro

ordinamento giuridico. Le fonti di produzione del diritto non sono certamente più quelle già previste dall'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile. Se ne contano innumerevoli, a partire da quelle comunitarie fino a quelle che, a seguito della svolta in senso federale dell'ordinamento costituzionale dell'Italia, hanno guadagnato il proscenio della regolazione delle attività dei cittadini a livello di Enti Locali: statuti, regolamenti e così via.

Fanno apparizione, peraltro, le deliberazioni di orientamento delle cosiddette *Authorities*, o Amministrazioni indipendenti, le quali, pur non essendo dotate di valore precettivo, in senso stretto e proprio, orientano in maniera decisiva le attività delle Amministrazioni in campi delicatissimi come quello della vigilanza sui lavori pubblici ovvero quello delle telecomunicazioni.

Ebbene, per quanto si possa immaginare, da parte nostra, che sia possibile individuare nel materiale normativo così profuso un *continuum* virtuoso tale da evitare sovrapposizioni ovvero abrogazioni più o meno esplicite – il che non è – si deve tuttavia escludere, con sicurezza, che tale *arazzo normativo* sia di agevole ed immediata intellesione ed interpretazione. Da ciò consegue che, pur quando alle Amministrazioni siano date da applicare disposizioni normative, puntuali e dettagliate, non viene certamente meno il diaframma dell'*interpretazione* degli standards giuridici.

L'interpretazione della norma da applicare al caso è anch'essa attività *lato sensu* discrezionale, che acquista viepiù rilevanza quando, come nel nostro ordinamento, oggetto dell'interpretazione è un magmatico e convulso assetto normativo¹⁰¹.

¹⁰¹ Significativa, sul punto, la posizione di N. Luhmann come riportata in nota 79.

Nel criticare la dottrina della *risposta giusta* di Dworkin¹⁰² e, più in generale, la differenza da questi proposta tra discrezionalità forte (ricorrente laddove la scelta dei criteri è lasciata al “sergente”) e quella debole (ricorrente laddove, essendo dato il criterio, non residuerebbe che applicarlo), Galligan¹⁰³ ha spiegato che “*anche se fosse possibile costruire la teoria che Dworkin prospetta, sarebbe arduo persuadersi che essa non potrebbe, almeno in determinate occasioni, fornire il destro ad interpretazioni confliggenti dello stesso materiale giuridico, ognuna delle quali ben può trovare un supporto sostanziale all’interno del sistema nel suo complesso. Laddove i materiali giuridici esistenti, insieme ai principi politici di fondo, forniscano motivi cogenti per due o più possibili interpretazioni, diventa difficile vedere come lo sceglierne una non dipenda da considerazioni di indirizzo e da una valutazione delle relative conseguenze*”. Ma se “*nel compito di interpretazione degli standards giuridici rientrano tali questioni, allora il funzionario ha discrezionalità nel senso forte di Dworkin: in altre parole, se non c’è la risposta giusta, il funzionario ha discrezionalità, dal momento che l’antitesi della tesi della risposta giusta è la discrezionalità*”¹⁰⁴.

Non si dubita che nell’adottare un atto vincolato, l’Amministrazione possa individuare, autonomamente, la risposta giusta. Ma, ai nostri fini, è solo rilevante dire come non esista, in realtà, un atto che sia *vincolato* tanto da escludere ogni profilo di discrezionalità, quand’anche quest’ultima consista nell’interpretazione cui deve procedere l’Amministrazione.

¹⁰² R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982

¹⁰³ J. D. Galligan, *op. cit.*, pp. 13 e ss.

¹⁰⁴ J.D., Galligan, *op. cit.*, p.23.

In conseguenza, non può una presunta – ma inesistente – natura vincolata dell'atto giustificare l'affermazione della non necessarietà della partecipazione procedimentale da parte del privato, atteso che, anche in tale ultima ipotesi, è ben percepibile l'apporto e la collaborazione che questi potrebbe fornire.

Non è difficile, poi, evidenziare che l'erroneità della prospettiva offerta dalla giurisprudenza amministrativa si coglie anche con riguardo alla situazione di fatto, la cui esatta considerazione può, ancor più percepibilmente, sfuggire all'Amministrazione, precludendole di adottare la decisione migliore per il conseguimento del pubblico interesse. Finanche la stessa decisione se i fatti ricadano o meno nei termini di un dato standard giuridico è questione che comporta una valutazione, anch'essa aperta a soluzioni variabili¹⁰⁵.

Un'ulteriore obiezione, inoltre, potrebbe discendere dalla considerazione per cui l'ulteriore limitazione della partecipazione procedimentale è stata creata dalla giurisprudenza per quelle ipotesi in cui, avendo avuto comunque conoscenza dell'esistenza del procedimento (per esempio, perché la pendenza di quest'ultimo risultava da altro atto in possesso del destinatario), l'interessato è stato messo, parimenti, in condizioni di partecipare. L'obiezione non pare assolutamente pertinente. In tanto, la stessa non tiene

¹⁰⁵ Si ipotizzi il caso di un presunto abuso edilizio, ricorrendo il quale il Comune adotta quello che viene considerato un tipico atto vincolato: in questo caso, infatti, il presupposto dell'applicazione dell'ordine di demolizione è che sia stata realizzata un'attività edilizia in difetto di permesso di costruire. Ma se l'opera edilizia percepita dal funzionario come un manufatto la cui realizzazione era subordinata a permesso di costruire, fosse in realtà un'opera pertinenziale, in quanto tale soggetta a denuncia inizio attività, l'Amministrazione sarebbe tenuta ad adottare una sanzione pecuniaria. Il punto sta nel fatto che l'atto vincolato – nel senso che il funzionario non può scegliere la sanzione da applicare – riposa sull'interpretazione di un fatto, e cioè se sia stata realizzata un'opera edilizia soggetta a DIA ovvero a permesso di costruire.

in considerazione la situazione specifica dell'interessato, il suo grado di cultura, la sua preparazione tecnico - giuridica. È ben evidente, esemplificativamente, la differenza che corre tra l'ipotesi in cui l'interessato sia un magistrato che – per decisione del CSM – venga trasferito ad altra sede e quella di un giovane militare che – per decisione del Comando cui appartiene – venga adibito a mansioni che non potrebbero essere richieste a chi sia in servizio di leva.

In secondo luogo, l'orientamento oggetto di contestazione dà per presupposto che l'atto ovvero la vicenda ulteriore da cui si dovrebbe apprendere, da parte del destinatario, l'esistenza di un procedimento che lo riguardi sia: a) esso stesso sufficientemente chiaro e che b) richiami, con sufficiente chiarezza, quale sia l'ulteriore procedimento amministrativo che riguarda l'interessato. Il che, nella prassi, non si verifica pressoché mai, non foss'altro per le ineliminabili ambiguità di linguaggio che avvengono gli atti formati dalla Pubblica Amministrazione¹⁰⁶. Quanto appena esposto risulta ancor più evidente, del resto, laddove siano in considerazione procedimenti complessi.

Un'ulteriore e conclusiva osservazione potrebbe consistere nel prendere atto che agli orientamenti descritti ed oggetto di contestazione, si accompagnano visioni ben più lungimiranti della giurisprudenza amministrativa. Ma questa, forse di tutte, è l'osservazione più preoccupante essendo oggettivamente fondata.

¹⁰⁶ Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2002, pagg. 294-295.

Esistono, infatti, orientamenti giurisprudenziali relativi alle identiche questioni sopra trattate (atti vincolati, conoscenza *aliunde* del procedimento e così via), che accolgono soluzioni opposte a quelle sopra ricostruite.

Ma ciò significa che giudici appartenenti allo stesso ordine – ma addirittura l’osservazione vale pure per i giudici di diverse sezioni dello stesso Tribunale - e che giudicano sullo stesso territorio statale danno corso ad una sperequazione della libertà attiva del cittadino, laddove, rispettivamente, la considerano – al di fuori delle ipotesi previste per legge – ineliminabile ovvero sacrificabile in nome di una non meglio precisata esigenza di celerità o di non *appesantimento* del procedimento.

In un sistema ordinamentale come il nostro, in cui differentemente da quelli di *common law*, non vige il principio dello *stare decisis*, la situazione descritta appare quanto meno degna di notazione per le percepibili conseguenze che importa.

In un saggio del 1985¹⁰⁷, Bobbio aveva già spiegato che “*il problema del governante può essere trattato prevalentemente dal punto di vista del governante oppure dal punto di vista del governato: ex parte principi o ex parte populi*”.

Analogamente, la questione della necessità o meno della partecipazione al procedimento può essere vista dalla parte dell’Amministrazione ovvero dalla parte del cittadino. Dal primo punto di vista, l’intrusione nei processi decisionali può apparire un inutile appesantimento, specie quando la decisione è già stata presa e appare superfluo invitare chi ne è destinatario a

¹⁰⁷ N. Bobbio, *Stato, Governo, società, Per una Teoria generale della Politica*, Torino, 1985, p. 55.

contraddire o a rappresentare fatti o circostanze che potrebbero rendere più difficoltoso l'esercizio del potere. Dal punto di vista del cittadino, per converso, la sua partecipazione ad una decisione che sortirà effetti nella propria sfera giuridica costituisce esigenza insopprimibile.

La possibilità di esplicitare il proprio punto di vista, di dialogare con chi ne *deciderà il destino*¹⁰⁸, misura, infatti, la sua dignità di uomo trattato con rispetto e la sua consapevolezza di essere parte di una comunità. E già questo basterebbe per affermare la irrinunciabilità della partecipazione.

Il richiamo ad esigenze di speditezza e di celerità da parte del Giudice Amministrativo per affermare, di là dalle ipotesi di legge, la non necessità della partecipazione procedimentale ovvero, per essere più precisi, la non annullabilità dell'atto adottato in assenza della previa comunicazione di avvio del procedimento (e dunque atto adottato senza la partecipazione dell'interessato), significa, conclusivamente, guardare la relazione tra cittadino e pubblica amministrazione ex parte principis, favorendo per ciò stesso la separazione tra Stato e Società ed inevitabili rigurgiti di autoritarismo che, con fatica, erano stati *attenuati*.

3.3. LE LEGGI 11 FEBBRAIO 2005 N.15 E L. 14 MAGGIO 2005 N. 80: IL COMPIMENTO DELLA RESTAUZIONE

Portando ad ulteriore svolgimento gli orientamenti giurisprudenziali cd. sostanzialistici e sopra ricostruiti, il legislatore è intervenuto recentemente

¹⁰⁸ L. Tribe, *Constitutional Law*, New York, 1978, p. 503. L'Autore osserva "il diritto ad essere ascoltati ed il diritto a ricevere una spiegazione sono analiticamente distinti dal diritto a vedersi assicurato un risultato diverso, questi diritti di interscambio esprimono l'idea elementare secondo cui ciò che distingue una persona da una cosa è l'essere almeno consultato su ciò che si farà di lui".

con le L. 11 febbraio 2005, n. 15 e L. 14 maggio 2005, n. 80, con le quali ha impresso significative modificazioni alla legge generale sul procedimento amministrativo.

Ciò posto, e per la parte che interessa al proseguo del lavoro, si può senz'altro affermare che il legislatore ha introdotto quegli elementi di chiarezza e di prevedibilità che oscillanti e variegati orientamenti giurisprudenziali avevano, viceversa, minato. Il che è avvenuto, tuttavia, non già ripristinando le disposizioni della L. 241/90 in tema di partecipazione procedimentale, ma tipizzando quelle limitazioni che la giurisprudenza aveva, sul punto, enucleato. Non solo, è avvenuto di più.

Con l'art. 14 della L.15/2005 si è introdotto, infatti, il Capo IV *bis*, intitolato "*efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*", ed è stato inserito il comma 2 dell'art. 21 *octies* secondo il quale "*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*". Come si vede, il Legislatore ha tradotto in diritto positivo, il principio per il quale le violazioni di carattere formale o procedimentale non danno luogo ad annullabilità del provvedimento, laddove il contenuto dello stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Sennonché, si è sottolineato nel paragrafo che precede quali ambiguità si celino dietro l'affermazione del contenuto vincolato dell'atto. Per tale ragione, ed al fine di evidenziare l'inopportunità della novella, può essere sufficiente

richiamarsi a quanto detto in quella sede, salvo riservarsi alcune considerazioni allo sviluppo ulteriore del ragionamento.

Ciò posto, la disposizione che, tuttavia, segna una rottura drastica della geometria sopra delineata e sulla quale, sin dall'inizio, si è richiamata l'attenzione, è quella contenuta nel secondo comma dell'art. 21 *octies*, ai sensi del quale *“il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione di avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Pur essendo, allo stato, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ancora esigua, con riferimento alla disposizione in commento si possono comunque svolgere, e con una certa convinzione, alcune osservazioni.

Un primo dato emerge con chiarezza ed è costituito dallo scomparire del riferimento, contenuto nel primo periodo dell'art. 21 *octies*, al contenuto vincolato degli atti.

La cd. sanatoria giurisprudenziale dell'atto illegittimo per mancato avvio del procedimento, dunque, opera anche con riferimento *agli atti discrezionali* e comporta il venir meno di un dogma che, fino a questo momento, non era stato mai posto in discussione: e cioè quello per cui non può essere presa in considerazione dal giudice l'integrazione della motivazione dell'atto impugnato fatta dall'Amministrazione resistente nel corso del giudizio, posto che, per evidenti ragioni di logica, la motivazione deve precedere e non seguire cronologicamente la parte dispositiva del provvedimento¹⁰⁹. Ed

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2002 n. 6345, Cons. Stato, 2002, I, 2529. Si ricorderà al riguardo la posizione di Luhmann circa la funzione della motivazione dei provvedimenti amministrativi adottati a seguito dell'espletamento del procedimento. L'Autore, infatti, pur

infatti, la possibilità conferita all'Amministrazione di *dimostrare* in giudizio che il contenuto dell'atto adottato *in concreto* non poteva essere diverso, implica che la stessa possa, altresì, enucleare, di là dalla motivazione che assiste l'atto impugnato – sia che essa sia presente sia che essa difetti – ulteriori pieghe dell'iter logico – giuridico che hanno assistito l'azione del funzionario.

Così facendo, tuttavia, si mettono pure in discussione i principi più rudimentali della moralità del pubblico potere, i quali impongono ai detentori di osservare standards di razionalità, finalizzazione e moralità.

In altri termini, se partiamo dal presupposto che discrezionalità significa non già agire senza motivazioni ovvero per motivazioni che non corrispondono ai requisiti di un procedimento razionale di formazione delle decisioni – in caso contrario si avrebbe l'espressione di un autoritarismo anziché di autorità – ma piuttosto motivare l'opzione prescelta all'interno di un quadro di alternative possibili, ben si capisce perché la motivazione degli atti amministrativi debba costituire un *prius* e non un *posterius*.

*“Non vi è [infatti] normalmente nessuna buona ragione per non rendere note le motivazioni che sono alla base di una decisione”*¹¹⁰. Viceversa, le

riconoscendo in astratto che la motivazione potrebbe rappresentare un elemento di legittimazione sociale dell'esercizio del potere, afferma che, in concreto, la stessa assolve piuttosto alla funzione di consentire all'interessato un calcolo di convenienza circa un'eventuale impugnazione di quel provvedimento innanzi al giudice amministrativo. In altre parole, la motivazione dovrebbe indicare quali saranno le motivazioni con le quali l'amministrazione si difenderebbe in giudizio. Da quanto si è diffusamente detto in precedenza, si evince come la prospettiva tracciata dal sociologo del diritto tedesco, non sia condivisibile, svolgendo la motivazione proprio una funzione di legittimazione, dovendo la stessa dare atto della dinamica comunicativa di pubblico e privato sviluppatasi nel medio del procedimento. Sennonché, il paradosso creato dalle leggi di riforma, fa sì che la motivazione neppure possa assolvere alla funzione riduttiva assegnatale da Luhmann. Anzi, alla nota 24 di pag. 219, N. Luhmann, *procedimenti giuridici ...*, cit. nutre forti perplessità sulla *“aggiunta, in sé ammissibile, di nuove motivazioni nel corso del processo”*.

¹¹⁰ J.D. Galligan, *La discrezionalità amministrativa*, op. cit. p.11

scelte operate dal legislatore vanno nel senso esattamente opposto a quello auspicabile in una società democratica, nella quale la delega dell'esercizio del potere discrezionale, comportando un sacrificio della capacità di autoregolazione del privato e dello stesso interesse particolare, si giustifica solo in funzione del conseguimento di un interesse pubblico.

La scelta del legislatore si traduce, infatti, nella mortificazione della necessità che il detentore, all'atto in cui fa uso del potere, sia compiutamente responsabilizzato per quanto fa e degli effetti che le proprie determinazioni sono destinate a produrre. L'immunità dall'obbligo di esplicitare compiutamente e definitivamente le motivazioni per cui si agisce, in un senso piuttosto che in un altro, costituisce un'inammissibile apertura verso l'autoritarismo. Ma gli effetti preoccupanti che una siffatta scelta comporta si possono cogliere anche sotto diverso profilo.

Se infatti la Pubblica Amministrazione è chiamata a rendere palese o dimostrare, sempre in sede giudiziale, che il contenuto del provvedimento discrezionale non poteva essere diverso da quello concretamente adottato, tale dimostrazione, a ben riflettere, intanto si renderà necessaria e sarà quindi presa in considerazione dal giudicante, in quanto il privato ricorrente - lungi dal limitarsi ad eccepire una violazione di legge - sia in grado di prospettare un diverso contenuto provvedimentoale che avrebbe prodotto il rispetto delle regole procedimentali violate, funzionali all'introduzione di ulteriori elementi fattuali e di diritto nel circuito decisionale pubblico.

In buona sostanza, la Pubblica Amministrazione chiamata in giudizio, potrà calibrare la dimostrazione ex art. 21 *octies*, comma 2, alle concrete prospettazioni del ricorrente. La parte pubblica, in sostanza, risulterà

vittoriosa semplicemente limitandosi a superare le eccezioni ed argomentazioni poste a fondamento del ricorso. Con evidente ed irreversibile allontanamento dalla giusta decisione amministrativa e a tutto vantaggio della *fattualmente vincente* valutazione della Pubblica Amministrazione.

Il che è tanto più grave laddove si consideri che il Giudice Amministrativo è pur sempre un giudice di legittimità dell'atto, il quale non può esprimere valutazioni sul merito della scelta compiuta dall'Amministrazione.

Le considerazioni che precedono, peraltro, non sono messe in discussione dal fatto che l'*onus probandi* gravi, in corso di giudizio, sulla Parte Pubblica.

Se è vero, infatti, che ai sensi dell'art. 2697 c.c., occorre provare i fatti che costituiscono il fondamento della pretesa processuale o dell'eccezione alla medesima, nel caso di specie non sfugge che i "*fatti*" che la P.A. dovrà comprovare - ovvero che l'ipotetico rispetto della regola procedimentale non avrebbe comunque inciso sul contenuto del provvedimento in concreto adottato - sono totalmente rimessi alla volontà realizzatrice della P.A. e alle sue scelte discrezionali: scelte però stavolta effettuate nel processo.

Più precisamente, la pretesa processuale della P.A. ha ad oggetto la conservazione del provvedimento impugnato. Di qui, la circostanza per cui il fatto da dimostrare in giudizio a fondamento di tale pretesa non preesiste, ma è costruito (ipoteticamente) nel processo in rapporto alle doglianze del ricorrente. In sintesi, il fatto che la P.A. deve provare è rimesso alla propria esclusiva volontà circa la relativa verifica, ed è un fatto che non preesiste al processo, ma che in quest'ultimo rinviene la propria genesi.

Si registra, dunque, la sussistenza di un onere probatorio surrettiziamente imposto al privato, nel caso di provvedimenti discrezionali, che appare quasi impossibile per indisponibilità dell'oggetto. Il privato non può dimostrare che l'avvenuta applicazione della regola procedimentale, con la conseguente acquisizione da parte della PA degli interessi privati, avrebbe condotto l'autorità procedente ad esercitare il potere discrezionale.

Il cittadino, a ben vedere, non può avere consapevolezza di tutti gli elementi ed altri eventuali interessi privati, quand'anche prevalenti, che hanno determinato l'amministrazione ad esercitare il potere discrezionale secondo un certo "segno", realizzando un particolare assetto di interessi previa apposita ponderazione.

Inoltre, non c'è neppure da attardarsi sul *vulnus* di tutela per il privato arrecato dal legislatore del 2005 – stante la sua evidenza - consentendosi alla P.A. convenuta in giudizio di salvare i provvedimenti discrezionali adottati in assenza dell'avviso di avvio del procedimento, semplicemente ponendo a fondamento della propria pretesa processuale un fatto nuovo ed ipotetico, costruito nel processo dalla stessa parte pubblica, e non contestabile dal privato.

Con le considerazioni che precedono mi pare acquisito un ulteriore dato. E cioè che il cittadino che non abbia partecipato al procedimento amministrativo, sarà posto in grado di esprimere il proprio punto di vista solo in sede processuale. Anche in sede processuale, non è inibito all'Amministrazione sia di esplicitare *meglio* le ragioni che l'hanno condotta all'adozione del provvedimento incidente sulla sfera giuridica del cittadino, sia *di aggiungerne di nuove* – e cioè di rappresentare non fatti ma esprimere

nuove e diverse valutazioni e giudizi - al fine di dimostrare che il contenuto del provvedimento, nonostante la partecipazione del privato, non sarebbe stato diverso.

In estrema sintesi, non è escluso che il cittadino risulti finalmente edotto delle motivazioni dell'esercizio del potere solo nel processo e solo ad anni di distanza dal suo inizio. Si dischiude peraltro una nuova configurazione della sede processuale: non più il momento in cui si verifica la legittimità dell'esercizio di un pubblico potere ma la sede in cui si costruiscono le valutazioni della Pubblica Amministrazione.

Forse, il legislatore ha avuto troppa fiducia nella sede processuale. Ma si tratterebbe di un'osservazione probabilmente troppo generosa.

La legge Pinto¹¹¹, in tema di ragionevole durata del processo, non nasce forse dalle reiterate condanne della Corte Europea dei diritti dell'Uomo a carico dell'Italia per la elefantica durata dei processi che si svolgono nel nostro paese? Possibile che il legislatore non sappia delle lungaggini e delle lentezze intollerabili della giustizia italiana? Probabilmente, il legislatore è assolutamente conscio della penosa situazione dell'Italia.

In realtà, e più semplicemente, si è trattato di scegliere da quale prospettiva guardare la luna, per dirla con Bobbio, preferendo porsi nella prospettiva della *pars principis* piuttosto che in quella della *pars populi*.

Dalla parte del principe, come si è detto, la funzione rilevante si esaurisce *nell'ansia del provvedere*, nella celerità, nel non appesantimento.

Ma questo lato della luna porta con sé il risvolto che la partecipazione del destinatario del potere sia solo un inutile impaccio, un vincolo di cui ben si

¹¹¹ L. 24 marzo 2001, n. 89.

può – anzi si deve – fare a meno. La strada imboccata, tuttavia, se mette seriamente a repentaglio la stessa funzione garantistica riconosciuta alla partecipazione dell'interessato ai procedimenti amministrativi, sembra segnare il definitivo declino della libertà attiva del cittadino e della sua capacità di incidere attivamente nei processi decisionali che lo riguardano.

Il cittadino viene ridotto a mera, eventuale, informazione, attivabile o meno dal sistema amministrativo. È l'uomo e non solo il cittadino a finire risucchiato nelle funzioni sistemiche della macchina, ad essere privato della stessa possibilità di articolare “*domande di senso*”.

4. CONCLUSIONI

La parabola normo – giurisprudenziale tracciata in precedenza ci offre un quadro sufficientemente circostanziato per comprendere come la relazione tra cittadino e pubblica amministrazione sia riguardata nel nostro ordinamento.

Da quel quadro, inoltre, è possibile inferire alcune considerazioni conclusive preordinate allo sviluppo ulteriore dell'analisi, e massimamente, alla verifica di ulteriori percorsi per informare a maggiore democraticità la relazione stessa.

Se allo stato attuale, infatti, si può dire non avvenuto completamente il superamento del tradizionale binomio autorità - libertà¹¹², allora il problema

¹¹² Lo stesso S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma – Bari, 2002, normalmente citato da tutta la letteratura che si occupa delle trasformazioni della sovranità statale, all'atto in cui la ragion di stato cede alla *ratio economica* e alla sua *naturale capacità espansiva* ultraterritoriale, da profondo conoscitore del diritto pubblico, rileva *sintomaticamente* che “*al nuovo paradigma (o forse, meglio, ai nuovi paradigmi) si è assegnata una denominazione provvisoria, quella di “arena pubblica”*”. Questa espressione è adoperata in un significato generico dalla scienza politica anglosassone, per la quale essa è lo spazio nel quale si svolgono l'attività pubblica e l'interscambio Stato – Società. Arena pubblica è,

*d'altra parte, espressione confinante con quella sfera pubblica di origine habermasiana, che indica lo spazio sociale nel quale si svolgono dialogo e conflitti e che serve al trasferimento della domanda sociale al corpo politico. "Arena pubblica", **indicando uno spazio, non pregiudica le posizioni dei soggetti che vi operano (lo Stato in alto, i cittadini in basso, secondo il paradigma tradizionale), non stabilisce una volta per tutte le relazioni che vi si stabiliscono (di opposizione, secondo il paradigma tradizionale...)**" (p. 81) [grassetto aggiunto]. Del resto, con riguardo alla moderna tendenza normativa alla semplificazione dei procedimenti – di cui espressione sono, tra l'altro, proprio quei moduli consensuali (conferenza dei servizi, accordi di programma, intese e così via) richiamati da Cassese – si osserva altrettanto correttamente che "può essere considerata una mezza verità il fatto che la semplificazione dei procedimenti – e in alcuni casi la loro sostituzione con atti di iniziativa privata oppure la loro radicale soppressione – si risolve nella "libertà dall'Amministrazione", sebbene il fenomeno appaia infinitamente più complesso e contraddittorio, a causa delle numerose e pesanti complicazioni che insidiano la semplificazione amministrativa. Solo che tale mezza verità, per poter essere apprezzata in ogni suo risvolto pratico-teorico, deve essere considerata fino al suo punto di massima e piena espansione: la "modernizzazione" degli apparati amministrativi, e degli strumenti e dei mezzi della loro azione – e pertanto la libertà dall'Amministrazione – non riguarda tanto il mitico cittadino allo stato brado, l'antico suddito finalmente trasformato in cittadino, ma soprattutto le imprese, ossia i soggetti individuali e collettivi, che maggiormente hanno sofferto, e soffrono, del collasso del sistema paese, cui tanto ha contribuito (e contribuisce) il basso tasso di performance dell'azione amministrativa nel nostro paese. E in ciò non vi è, naturalmente, nulla di illecito o di incomprensibile, in quanto può essere assunto quasi come massima di comune esperienza il fatto che l'impresa e la pubblica amministrazione siano i due poli sensibili delle moderne società complesse del capitalismo maturo, agli apparati di governo e di gestione degli interessi cd. forti e di maggior valore e di peso specifico" (cfr. R. Ferrara, *Procedimento Amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato*, op. cit., p.487; dello stesso autore, cfr. anche, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa, verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. Amm.*, 1999, pp. 323 e ss.). A questo punto, si potrebbe ulteriormente chiedersi se davvero, e sempre, l'utilizzazione del modulo consensuale valga a trasformare "la valutazione discrezionale dell'autorità procedente in "scambio" fra varie autorità interessate, centrale e locali, e soggetti privati" (così M. D'Alberti, *La crisi dello Stato e del diritto le tesi di Sabino Cassese*, in *Sociologia del diritto*, 2001, p.179). Ipotizziamo infatti che un soggetto privato – ad esempio una grande multinazionale di carburanti – intenda realizzare un impianto di distribuzione carburanti in un'area incompatibile urbanisticamente e sulla quale insistano, inoltre, prescrizioni di tutela indiretta (perché nelle vicinanze esiste un immobile, di pregio storico – monumentale, che si intendeva salvaguardare). Alla eventuale conferenza di servizi indetta dall'Amministrazione procedente, parteciperanno, allora, oltre il privato ed all'Amministrazione procedente (si pensi al Comune), anche le autorità sovraordinate il cui intervento sia necessario (per esempio Provincia e Regione ovvero entrambe) per variare lo strumento urbanistico (per renderlo conforme all'intervento da realizzare), nonché l'autorità preposta alla tutela del vincolo indiretto per esprimere la relativa valutazione tecnico-discrezionale. Ora, per quanto tutti i soggetti intervenuti siano d'accordo e per quanto il privato si impegni a modificare il progetto per renderlo conforme ai "suggerimenti" della Autorità preposta alla tutela del vincolo, rimane il fatto che quest'ultima, in base ad un apprezzamento discrezionale, potrebbe ritenere realizzabile l'intervento solo a patto di snaturarlo (ad esempio, prevedendo che possa essere installata una sola colonnina anziché le cinque in progetto) rispetto alle originarie aspettative del privato. In questa ipotesi, ci si è avvalsi dello strumento *convenzionale*, ma quest'ultimo*

si risolve nel capire se si dia la possibilità di una evoluzione in senso democratico e moderno di quel paradigma, tale che effettivamente il cittadino sia sollevato dalla condizione di suddito, anche quando l'amministrazione non utilizzi il modulo contrattuale.

La dottrina aveva nutrito, correttamente, molte aspettative nella istituzionalizzazione della partecipazione al procedimento amministrativo dell'interessato¹¹³, inferendone il segnale dell'affermazione non solo di un modello democratico di amministrazione pubblica – perché la stessa si orienta al soddisfacimento dei beni e dei bisogni dell'Uomo quali compiutamente delineati in Costituzione e dai quali l'Amministrazione non può discostarsi perché funzione e non potere – ma anche il passaggio della libertà degli antichi a quella (attiva) dei postmoderni¹¹⁴, in cui il cittadino non solo si difende ma contribuisce, con l'Amministrazione, al perseguimento del pubblico interesse.

non ha portato, né potrebbe portare, evidentemente, ad uno scambio di ruoli oppure ad un superamento della discrezionalità in capo ad una o più Amministrazioni. Del resto, chi si sentirebbe di affermare che è giusto e doveroso inibire la valutazione discrezionale dell'Amministrazione, se essa è funzionale alla salvaguardia di un interesse pubblico primario? Probabilmente nessuno che abbia a cuore effettivamente la corretta gestione degli interessi pubblici. Ma, a questo punto, è evidente come si ricada ancora una volta nelle necessità della discrezionalità e che ulteriori paradigmi possono al più affiancarsi a quello tradizionale ovvero sovrapporsi allo stesso, ma, si ripete allo stato, difficilmente sostituirlo.

¹¹³ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, cit. p.102 rileva che “*la legittimità dell'atto è il risultato non solo dell'uso del potere da parte dell'autorità (legittima) ma anche dell'intervento da parte del cittadino nell'esercizio della funzione*”. In questo passo, si nota una posizione diametralmente opposta rispetto a quella, sistemica, prospettata da Luhmann.

¹¹⁴ Sulla formula di B. Constant, si soffermano – come ci ricorda G. Sorrentino, *op. cit.*, rispettivamente p. 41 e p. 203 – tanto F. Benvenuti, *op. ult. cit.* p. 9, quanto S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2002, pag. 331 – 332, ora in *S. Cassese, Lo Spazio giuridico globale*, Roma – Bari, 2003, in cui si coglie nell'integrazione della democrazia legislativa con quella deliberativa la possibilità all'affermazione della stessa possibilità di combinare la libertà degli antichi con quella dei moderni di tutelare l'indipendenza individuale.

Viceversa, si è visto, che la giurisprudenza amministrativa, prima, ed il legislatore, poi, hanno posto seriamente in discussione le conquiste raggiunte. Sarebbe tuttavia forse troppo superficiale affermare che la *deminutio* delle garanzie apprestate in favore del destinatario si sia verificata, esclusivamente, per una restaurazione dello *status quo ante* voluta dai due “poteri dello Stato”.

La migliore conferma di tanto, del resto, si coglie proprio nell’orientamento giurisprudenziale richiamato in precedenza¹¹⁵, secondo cui la partecipazione dei soggetti interessati costituisce questione, il cui porsi o meno, è rimessa al sapiente apprezzamento discrezionale del legislatore. In altri termini, nella cornice dei principi e dei valori tracciati dalla Costituzione, è bensì rinvenibile il *servizio* che l’Amministrazione è chiamata a svolgere per soddisfare le esigenze e gli interessi della collettività amministrata; è certamente individuabile l’imperativo per cui l’Amministrazione è tenuta a comportamenti imparziali ed ispirati al buon andamento¹¹⁶, ma, quella cornice, non è ampia al punto da includere il *valore* della partecipazione dell’interessato alla decisione amministrativa quale condizione di legittimazione dell’esercizio del potere.

Nella prospettiva ricostruita, non stupisce, dunque, l’assenza di una specifica pronuncia del Giudice delle Leggi che riconduca alla Carta Fondamentale il principio della partecipazione. Né, del pari, stupisce come

¹¹⁵ Cfr. nota 56.

¹¹⁶ Significativo, in questo senso, è che l’art.97 della Costituzione si rivolga alla Pubblica Amministrazione, sancendo la necessità che la stessa organizzi i propri uffici in maniera imparziale e che ispiri la propria azione al buon andamento (dell’azione amministrativa). La direzionalità del precetto – rivolgersi lo stesso al destinatario ovvero al detentore – mi pare aspetto non trascurabile, discendendone, necessariamente, un diverso angolo prospettico da quei guardare e risolvere i problemi che interessano la relazione.

le pur interessantissime ricostruzioni dottrinali offerte sul tema - e principalmente fondate sull'interpretazione evolutiva della Carta Fondamentale alla stregua della rinnovata architettura federale dello Stato – siano poi destinate ad essere superate da riforme legislative (la 15/05 appunto) che ripristinano un atteggiamento di chiusura nei confronti dei cittadini e ripropongano un modello di Amministrazione autoreferenziale.

Conferma ulteriormente quanto si dice, la circostanza che il progetto di riforma della seconda parte della Costituzione proposto dalla Commissione Bicamerale presieduta dall'On. D'Alema¹¹⁷, espressamente, prevedeva l'introduzione del principio del giusto procedimento amministrativo, e che, mentre tale esperienza è stata archiviata, non sono mancati interventi, ripetuti, che hanno inciso proprio sulla seconda parte della Costituzione, introducendo i principi del giusto processo¹¹⁸ e del federalismo¹¹⁹.

A questo punto dovrebbe essere chiara l'impossibilità di dedurre all'interno dell'ordinamento ciò che, viceversa, non vi trova cittadinanza.

Ma da ciò dovrebbe pure discendere l'autorizzazione a ricercare altrove percorsi di indagine e, segnatamente, percorsi che conducano alla dignità umana.

Ecco la ragione per cui l'attenzione sarà rivolta alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, la cui autorevolezza risulta, come si vedrà, ulteriormente rafforzata nel prisma del diritto globale.

¹¹⁷ Art.106 bozza approvata nel novembre 1997.

¹¹⁸ Cfr. art. 111 Cost. non è un caso, peraltro, che la riforma dell'art.111 Cost. sia avvenuta sulla base delle reiterate condanne sancite dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in danno dell'Italia.

¹¹⁹ L. Cost. N. 3/01.

CAPITOLO II

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NELLA GLOBALIZZAZIONE GIUDIZIARIA. LA DIGNITÀ UMANA COME FONDAMENTO DELLA "BUONA AMMINISTRAZIONE"

1. *PREMESSE METODOLOGICHE*

Chiudendo il capitolo che precede, si è anticipato il percorso metodologico che si ritiene di seguire per studiare la relazione intercorrente tra cittadini e pubblica amministrazione: quello cioè che passa per la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Esistono diverse ragioni che militano a favore dell'opzione.

La prima, forse di immediata percezione, risiede nel fatto che è sotteso al presente lavoro il convincimento di fondo per il quale il diritto di esprimere il proprio punto di vista, allorché si è coinvolti nell'esercizio di un potere amministrativo, sia un diritto inalienabile dell'Uomo che libera il destinatario dalla posizione di mero suddito e contribuisce a renderlo cittadino. Ne consegue, per questa via, l'obbligo volgersi dello sguardo a chi – la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – rappresenta il “*constitutional instrument of European public order in field of human rights*”¹²⁰.

In secondo luogo, una delle principali innovazioni della recente Costituzione Europea consiste nell'adesione dell'Unione alla Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Alla costruzione di un sistema costituzionale di protezione

¹²⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Chrysostomos e Papachrysostomou v. Turkey, sent. 8 luglio 1993.

dei diritti fondamentali nell'area U.E. si affianca il (potenziale) superamento di una tradizionale conflittualità tra le due Corti giurisdicenti in tema diritti fondamentali¹²¹. Discendono da tale innovazione, almeno due risvolti degni di considerazione: a) che anche gli atti comunitari saranno, pienamente, sindacabili dalla Corte Europea; b) una sempre crescente omogeneità, in ambito comunitario, delle interpretazioni in materia di diritti fondamentali e un sempre più percepibile scambio, tra le due Corti, di arti e tecniche interpretative. La pertinenza della ragione appena enucleata apparirà in tutta la sua chiarezza quando, nel terzo capitolo, si tratterà del diritto *fondamentale* della *persona* alla buona amministrazione comunitaria, in cui, ad avviso di chi scrive, è riconoscibile l'influenza della giurisprudenza di Strasburgo secondo trame che raramente vengono percepite.

In terza istanza, bisogna considerare il rilievo per il quale la giurisprudenza della Corte Europea trascende l'area europea per divenire punto di riferimento anche in altri paesi, tanto da assurgere, a mio avviso, al rango di motore più originale della cd. globalizzazione giudiziaria.

Tale ultima osservazione, peraltro, rafforza ulteriormente il percorso prescelto ed è alla stessa che si dedicheranno le considerazioni che seguono.

2. PROFILI STORICI DELL'IDEA DELL'ESPANSIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO

Filosofi e sociologi del diritto, costituzionalisti e giuristi positivi sono ormai costantemente impegnati nello studio degli effetti che la globalizzazione economica produce sulla sfera istituzionale, intendendosi per tale sia quella politica sia quella giuridica.

¹²¹ Sul tema, cfr. *infra*.

Il panorama delle opinioni è estremamente variegato e neppure, sinteticamente, ricostruibile in questa sede.

Ciò che emerge con nettezza pare essere, però, il carattere *vincente*¹²² dell'istituzione giudiziaria, nonché l'“*esplosione*”¹²³ del potere dei Giudici. Gli studiosi del fenomeno, peraltro, sono dell'opinione per cui l'espansione del potere giurisdizionale non è fenomeno nuovo, né tale fenomeno è sconosciuto alla letteratura giuridica, ancorché, si vedrà, nell'epoca della globalizzazione, pur conservando alcuni caratteri di continuità, presenti talune caratteristiche profondamente diverse.

Come ci ricorda Rodotà¹²⁴, infatti, “*uno dei maggiori storici del diritto americano, Lawrence Friedman, ha messo in evidenza che “la rivoluzione dei diritti civili – negli anni '50 e '60, per le vicende storiche in cui si realizzò – sarebbe del tutto inimmaginabile senza le Corti Federali: il che non significa, beninteso, che quella rivoluzione sarebbe stata impensabile senza le Corti: solo, avrebbe avuto un aspetto differente e avrebbe assunto – forse – forme più brutali e violente”*. Ma le rivoluzioni giudiziarie, nel senso inteso da Friedman, non costituiscono, a loro volta, vicenda esclusiva degli Stati Uniti, pur avendo questi ultimi conosciuto episodi analoghi anche nello scandalo *Watergate/Nixon*.

Pure in Europa, infatti, secondo alcuni, i Giudici avrebbero dato luogo a veri e propri riassetti degli equilibri politico – sociali, come dimostrano la vicenda di Tangentopoli in Italia, il caso dell'affermazione di movimenti

¹²² M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, p.192.

¹²³ A. Garapon e C. Guarnieri, *La globalizzazione giudiziaria*, in *Il Mulino*, 1/2005, p. 165.

¹²⁴ S. Rodotà, *Controllare e giudicare*, in *Repertorio di Fine Secolo*, Roma - Bari, 1999, p. 181.

diversi dai partiti tradizionali, quali i verdi nella Repubblica federale tedesca, ovvero i casi delle pratiche corruttive del Partito socialista francese e spagnolo.

In questa casistica, rileva Rodotà, può sostanzialmente individuarsi una duplice concomitante funzione svolta dal potere giudiziario, estranea a quella ordinariamente esercitata dai Giudici: per un verso, il giudiziario colma i vuoti di rappresentatività venuti in essere per la crisi di altre istituzioni, prodigandosi nell'appagamento delle richieste di giustizia promananti dal corpo sociale; per altro, invece, finisce per esercitare un controllo sulla moralità della classe politica.

Quelle descritte non sono ragioni dell'espansione del potere giudiziario che, per così dire, si ricollegano a fattori endogeni, ma rappresentano cause che Pizzorno ha definito esogene.

Si tratta, evidenzia l'Autore, di cause che non possono ricondursi a *“meccanismi delle istituzioni giudiziarie, né tanto meno è ovvio, alla volontà di determinati gruppi di magistrati, bensì al formarsi di condizioni nuove sia nella società, sia nelle istituzioni politiche del regime rappresentativo, e quindi alla nuova natura della legislazione e della domanda di giustizia che ne consegue. Fenomeni che hanno generato una molteplicità di situazioni prive di copertura normativa, e/o di stallo decisionale, nelle quali il potere giudiziario è chiamato, in un modo o nell'altro, ad intervenire”*¹²⁵.

¹²⁵ A. Pizzorno, *Il Potere dei Giudici, Stato democratico e controllo della virtù*, Roma – Bari, 1998, p. 6.

L'espansione del potere giudiziario sembrerebbe dunque una variabile dipendente dal fattore *instabilità istituzionale* assai ricorrente nelle democrazie del benessere. Al potenziamento della instabilità, inoltre, non risulterebbe affatto estranea la parallela questione dell'influenza esercitata dai mezzi di comunicazione di massa sui processi di formazione dell'opinione pubblica. La scoperta dei mezzi di telecomunicazione fonda, invero, la consapevolezza che esistono surrogati della militanza - con eguale o addirittura superiore peso specifico - per instaurare, con successo, relazioni mass mediali con i propri simpatizzanti ed in genere con il pubblico. Si verificherebbe, in conseguenza, una sorta di sostituzione "*della legittimazione tele-plebiscitaria e sondocratica a quella della decisione politica fondata sulle tradizionali strutture della rappresentanza*"¹²⁶. Ne consegue, tuttavia, l'emersione di una legittimazione "*post rappresentativa*" destinata a minare, nelle fondamenta, gli equilibri costituzionali dello stato di diritto. Al Parlamento così come al Governo è, infatti, inibito opporre al potere giudiziario il proprio carattere rappresentativo e per ciò stesso, superiore a quello burocratico proprio dei Giudici.

Del resto, osserva Zolo, "*non esiste alcuna ragione perché i giudici non cerchino ed ottengano, al pari dei politici, forme di legittimazione fondate sul plebiscito videocratico*"¹²⁷.

Le vicende che hanno interessato l'Italia, al pari di quanto è avvenuto in altre democrazie del benessere, hanno chiarito che all'espansione del potere giudiziario si è accompagnata l'emersione di una "*democrazia giudiziaria o*

¹²⁶ D. Zolo "*Sulla giustizia: a proposito della "espansione globale" del potere dei giudici*" in *Iride*, a. XI, n. 25 settembre/dicembre 1998, pp. 445 e ss.

¹²⁷ *Ivi*.

espertocrazia giudiziaria”, in un senso per il quale i due fenomeni si presentano quasi inscindibilmente collegati, specie allorché l’istituzione giudiziaria abbia provveduto a denunciare, con “*carisma telecratico*”, la dilagante corruzione politica.

Ma, come si accennato sopra, il giudiziario, di là dal compito di moralizzare la politica con o senza strumenti mass *mediatici*, non raramente ha dovuto farsi carico di funzioni e compiti ulteriori rispetto a quelli istituzionalmente attribuitigli dall’ordinamento, derivandone un ampliamento del proprio potere, per dirla con Pizzorno, sempre in ragione di fattori esogeni cui sembrano sfuggire episodi di protagonismo.

In tale prospettiva, l’assunzione di compiti diversi, di tipo *suppletivo* ovvero di *riequilibrio istituzionale*, ha fatto della magistratura un potere più fluido portato a muoversi, quasi naturalmente, dal versante dello stato a quello della società, determinando un chiaro “*corto circuito continuato che annulla molta della tradizionale separatezza tra stato e società civile*”¹²⁸.

Tale fluidità, peraltro, rivela un più generale moto dell’istituzione giudiziaria verso la società civile. Moto anch’esso attivato dalle incessanti richieste di giustizia che dalla stessa società provengono e che, rileva Rodotà¹²⁹, determinano un netto avvicinamento del sistema di civil law a quello di common law.

L’espansione del potere giudiziario, nel senso trattato in questa sede, si presenta dunque intimamente connesso alla carenza del potere regolativo della legge, oltre che alla stessa cattiva qualità della produzione delle

¹²⁸ M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, op. cit., 208.

¹²⁹ S. Rodotà, *Repertorio*, op. cit., p. 187.

norme¹³⁰. Certo, il numero di leggi non diminuisce, anzi aumenta¹³¹, ma con esso aumenta – osserva Zolo - anche la cattiva qualità e la difficoltà interpretativa. Simmetricamente, l’espansione del potere giudiziario, verificandosi per il duplice concorrente profilo e della crisi del carattere regolativo della legge e della crescente domanda di giustizia, si presta quasi naturalmente ad un conflitto con il potere esecutivo ovvero con quello legislativo. Se, infatti, la sede giurisdizionale assurge a “*luogo di visibilità di conflitti nuovi*”¹³² e se essa è la prima “*ad essere incontrata da soggetti e interessi nuovi alla ricerca di una legittimazione*”¹³³, una potenziale conflittualità tra poteri ben può profilarsi allorché l’istituzione giudiziaria è chiamata a tutelare valori fondamentali e tale garanzia si configuri quale ostacolo all’attuazione di politiche pubbliche.

Risulta, in sintesi, che l’espansione del potere giudiziario, nei termini già pienamente conosciuti ed indagati, si presenta legato alle seguenti coordinate fondamentali: riequilibrio/*conflitto* con il potere esecutivo, crisi delle legge; tecnologie della comunicazione.

3. L’ESPANSIONE GLOBALE DEL POTERE GIUDIZIARIO

Il primato dell’istituzione giudiziaria nel diritto globale si accompagna, si potrebbe dire, alla massimizzazione dei tre indici con cui si è concluso il paragrafo che precede.

¹³⁰ cfr. D. Zolo, *A proposito dell’espansione globale...*, cit. p.148.

¹³¹ Sul punto, cfr. per tutti, F. Modugno (a cura di), *Trasformazione della funzione legislativa*, Vol. II: *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2001.

¹³² S. Rodotà, *op. cit.*, p. 188.

¹³³ *Ivi.*

Va premesso che, allo stato, esistono pochi studi specifici del fenomeno, così come spesso appare molto difficile definirne l'essenza. Al riguardo, Zolo rileva che *“in parallelo a questi fenomeni [l'affermazione dello spazio giuridico globale] si assiste ad un processo evolutivo altrettanto rilevante: la funzione giudiziaria e il potere dei giudici tendono a espandersi sia a livello nazionale sia su scala internazionale limitando il potere legislativo dei parlamenti ed erodendo ulteriormente la sovranità giurisdizionale degli Stati. L'indice empirico più evidente del fenomeno è il moltiplicarsi delle corti internazionali [...] In presenza di questi sviluppi ci sono autori che parlano sia di giudizializzazione del diritto a livello globale – usando espressioni come *judicial globalization* e *global expansion of judicial power* – sia di “internazionalismo giudiziario” con riferimento all'espansione della giustizia penale internazionale”*¹³⁴. La definizione data da Zolo, pur leggendo correttamente quella che è la dinamica espansiva della funzione e del potere dei giudici, mi pare tuttavia tralasci la sua essenza, laddove focalizza l'attenzione sul momento istituzionale – sul dato empirico del moltiplicarsi delle Corti *internazionali* – anziché sul momento sostanziale della interazione e della comunicazione tra le corti stesse.

Preferibile, invece, deve ritenersi la definizione proposta dalla Slaughter¹³⁵, la quale individua nella globalizzazione giudiziaria *“a much more diverse and messy process of judicial interaction across, above and below borders,*

¹³⁴ D. Zolo, *La Globalizzazione, Una mappa dei problemi*, Roma – Bari, 2005, III ed., pp. 95-96.

¹³⁵ A. M. Slaughter, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, pp. 1102-1124.

exchanging ideas and cooperating in cases involving national as much as international law”¹³⁶.

Ad avviso di chi scrive, la definizione evidenzia quello che è il *proprium* della globalizzazione giudiziaria ovvero, se non la collaborazione scoperta fra organismi giurisdizionali, quanto meno una interazione ed un reciproco richiamarsi al fine di fornire, ove possibile, soluzioni interpretative conformi ai casi concreti decisi nei vari fori, siano essi domestici o internazionali oppure, infine, sovranazionali.

Si tratta, peraltro, del segno evidente della consapevolezza dell’esistenza di un diritto globale e del fatto di farne parte. In tal senso si fa sempre più crescente e percepibile la relazione intercorrente tra giudici nazionali e organi giurisdizionali sopranazionali, i quali “*disegnano nuovi scenari, caratterizzati da una maggiore complessità dei processi di decisione politica*”¹³⁷.

Tali scenari, se per un verso configurano maggiori opportunità per coloro (per esempio le minoranze) che meno sono rappresentati nel sistema, profilano, non di meno, il rischio di una minore trasparenza e minore responsabilità.

Interessante notare, tra l’altro, come rispetto alla globalizzazione giudiziaria si registrano posizioni assolutamente contrastanti.

In base ad una prima prospettiva, vi sono autori che guardano al fenomeno come all’affermazione, nell’era globale, di una vasta “*rete giudiziaria*” animata da uno spirito comune e preordinato ad utilizzare i processi di

¹³⁶ *Ivi*, pag. 1104.

¹³⁷ A. Garapon, C. Guarnirei, *op. cit.*, p. 165.

globalizzazione giuridica per stabilizzare le relazioni tra gli uomini non più solo a livello nazionale ma, a anche a livello globale. Esponenti di tale concezione, per la quale dunque la globalizzazione giuridica consentirebbe la formazione o comunque aprirebbe alla possibilità di un diritto universale, sono principalmente la Delmas Marty¹³⁸ e Anne Marie Slaughter¹³⁹.

A giudizio della prima, oggi sarebbe demandato ai Giudici il delicato compito di evitare sia la minaccia dell'ordine egemonico imposto da un singolo Stato sia l'alternativa di un disordine impotente. In altri termini, secondo l'autrice, i Giudici sono deputati a contribuire alla costruzione di un "pluralismo ordinato" inserendosi nella dialettica tra universale e particolare. Alla posizione descritta, peraltro, non sono mancate critiche. Si è infatti contestato che il punto di vista da cui parte l'autrice è informato dall'intenzione di introdurre una visione complessiva e sistematica dei due fenomeni della globalizzazione giuridica e di quella giudiziaria, senza però seriamente attardarsi sulla individuazione della praticabilità della stessa ricostruzione¹⁴⁰. Viceversa, ci pare di cogliere in altra dottrina¹⁴¹ una particolare attenzione verso la tesi della Delmas Marty, specie laddove quest'ultima fa discendere anche dal contributo possibile della globalizzazione giudiziaria l'affermazione di un diritto alla specificità degli ordinamenti locali destinati ad interagire, ordinatamente, a livello globale.

¹³⁸ M. Delmas Marty, *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004.

¹³⁹ A. M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2004; Id. *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, pp.1103, op. cit..

¹⁴⁰ A. Garapon. e C. Guarnieri, *op. cit.*, 166.

¹⁴¹ Cfr. S. Cassese, *Prolusione all'apertura dell'Anno Accademico della Università la Sapienza di Roma*, 2004/2005, p. 12.

Nella prospettiva della Slaughter, invece, la globalizzazione giudiziaria non sarebbe tanto il risultato della dialettica tra ordine e caos, ma piuttosto di un benefico processo di diffusione a livello mondiale degli assetti dello Stato di diritto. La ricerca della Slaughter, dunque, è preordinata alla estensione dei caratteri dello Stato di diritto a livello globale e, in tale ottica, la globalizzazione giudiziaria e la collaborazione in cui si sostanzia sarebbe funzionale al recupero complessivo di una maggiore legittimità e capacità.

In una prospettiva critica rispetto al fenomeno, si pone invece Fonte¹⁴², per il quale, viceversa, i giudici rappresenterebbero solo l'elemento di spicco di un governo globale di élite transnazionale in via di affermazione, destinato ad affiancarsi agli avvocati dei grandi studi internazionali o agli stessi funzionari delle ONG.

Si pongono in una visione diversa, invece, Garapon e Guarnieri, i quali sottolineano come il fenomeno della globalizzazione sia in realtà sovrastimato, in quanto lo stesso, al più, consente di realizzare una *“solidarietà transnazionale tra i giudici di diversi paesi”*¹⁴³: solidarietà che si attua attraverso una sempre crescente comunicazione e che sembra avere come obiettivo la necessità di fondare la legittimità delle proprie decisioni.

Quella segnalata da Garapon e Guarnieri e cui si faceva riferimento in apertura è la tendenza ad una maggiore integrazione e comunicazione fra organi giurisdizionali, nonostante gli stessi non vi siano in alcun modo tenuti, come, del resto, testimoniano alcuni esempi¹⁴⁴.

¹⁴² J. Fonte, *Democracy's Trojan Horse*, *The National Interest*, 2004, Summer.

¹⁴³ A. Garapon e C. Guarnieri, *op cit.*, p. 167.

¹⁴⁴ Esempi richiamati nell'interessante articolo di Garapon e Guarnieri, *op. cit.*

La Corte Suprema degli Stati Uniti (caso Lawrence c/ Texas) ha richiamato la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per affermare il diritto degli omosessuali ad avere rapporti sessuali con adulti consenzienti. In merito, di rilievo, peraltro, è la *dissenting opinion* del Giudice Scalia allorché evidenzia come il richiamo alla giurisprudenza straniera quale fondamento delle proprie decisioni, per un verso finisce per aprire strade arbitrarie (se si considera per esempio che alcuni paesi vietano l'omosessualità), per altro, comporta il rischio di imporre agli americani “*mode, abitudini, o stravaganze straniere*”. Ancora, è avvenuto che la Corte di Cassazione Francese (caso Verruche del 2000) abbia ricercato nella giurisprudenza statunitense argomentazioni per fondare la legittimità delle proprie decisioni.

Si trattava di una richiesta per danni patiti da un bambino portatore di handicap a causa di errore medico: nel caso di specie, il diritto francese non conteneva una norma applicabile alla fattispecie, di talché il ricorso alla giurisprudenza della Corte Statunitense ha assolto ad una funzione suppletiva.

Zolo¹⁴⁵ evidenzia come esempi significativi della solidarietà transnazionale tra giudici si apprezzino nel campo del diritto internazionale penale. E ciò non solo quando la Corte penale Internazionale, per esempio, decide nel quadro della sua giurisdizione universale obbligatoria, ma anche nell'ambito della giurisdizione penale complementare.

In questi ultimi casi, poiché si tratta di verificare se l'ordinamento domestico offra *idonei* strumenti di repressione ovvero se da parte delle

¹⁴⁵ D. Zolo, *Globalizzazione ... op. cit.*, p. 97.

autorità domestiche si provveda *in maniera seria* al perseguimento dei crimini contro l'umanità, a giudizio dell'Autore, è da ritenere che i Giudici della Corte – i quali appartengono a diverse nazionalità – detteranno criteri uniformi ed omogenei per enucleare i principi del giusto processo.

Nella stessa prospettiva, altri¹⁴⁶ ricordano il caso della riscoperta dello statunitense *Alien tort claims Act del 1789*. Si tratta di una legge che consente agli stranieri di adire la giustizia federale statunitense nei confronti di chi ha commesso dei crimini violando il diritto delle nazioni. Ebbene, in tale senso è utile ricordare il caso degli ebrei francesi che hanno adito il giudice Americano per i danni economici subiti nella strage di Vichy.

Ulteriori esempi della relazione instauratasi al tempo della globalizzazione tra i diversi sistemi giudiziari, vanno poi colti a detta degli autori, nel ruolo processuale sempre crescente svolto dal giurista straniero.

Si pensi al caso deciso dalla Corte Suprema Americana, investita del compito di giudicare della legittimità costituzionale della legge che regola le spese elettorali (*Bipartisan Campaign Reform Act del 2000*), nel quale il Lauterpacht Research Center for international law – un centro di ricerca britannico – ha presentato una memoria in cui, attraverso un confronto tra la legislazione di ben 60 paesi – ha dimostrato che, nella maggior parte di essi, era previsto un sostegno pubblico per le spese elettorali¹⁴⁷.

Posti tali esempi, si può rilevare che l'effetto della cd. solidarietà transnazionale dei giudici e dei correlativi sistemi giudiziari non porta di certo *“alla creazione di un vero e proprio ordine giuridico, inteso come*

¹⁴⁶ Cfr. A. Garapon, C. Guarnieri, *op. cit.*, p. 171.

¹⁴⁷ Cfr. A. Garapon, C. Guarnieri, *op. cit.*, p. 172.

gerarchia di norme che si impone sui sistemi giuridici nazionali. Non solo non esiste un insieme di norme comuni ma i vari tribunali sono tra loro connessi in modo estremamente debole. Ci troviamo piuttosto di fronte ad una rete¹⁴⁸ policentrica e priva di gerarchia, dove la volontà del legislatore – o dei legislatori nazionali – perde di peso, anche se gli scambi fra le giurisdizioni diventano frequenti e quasi prevedibili. Si tratta di una rete che però non è separata dagli altri luoghi della sovranità¹⁴⁹, non essendo possibile una separazione dei tribunali dal contesto politico in cui operano.

In tale senso, è evidente come la globalizzazione giudiziaria, rivelando l'esistenza di corti che non necessariamente si impongono le une sulle altre, ma piuttosto concorrono fra loro, non si piega ad una lettura secondo le lenti classiche della *gerarchia*.

Quanto alle ragioni per le quali, i giudici entrano in rete, le stesse, essendo rimesse alla massima discrezionalità del Giudicante, possono consistere nella volontà di stendere la migliore sentenza possibile, nell'ambizione di rafforzare la propria reputazione, nella necessità di dare risposta alle pressioni di governi o all'opinione pubblica preoccupata dell'indecisione di altri poteri.

Si tratta di ragioni, dunque, assolutamente eterogenee che rispecchiano il concetto stesso di *rete*.

¹⁴⁸ *cfr.* F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la Pyramide, au réseau pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Fusl, 2002

¹⁴⁹ *cfr.* A. Garapon, C. Guarnirei, *op. cit.*

4. LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO QUALE GIUDICE GLOBALE

Sopra, nel fare riferimento alle dinamiche della globalizzazione giudiziaria, si è avuto modo di sottolineare come la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America abbia richiamato, a sostegno di una propria importante decisione concernente la libertà sessuale degli omosessuali, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e come tale richiamo abbia determinato la reazione del Giudice Scalia, relatore di una *dissenting opinion*.

Ora, ciò che colpisce della vicenda segnalata è senz'altro la circostanza che una Corte, con giurisdizione circoscritta ad un'area regionale, trascenda dai limiti territoriali identificativi della propria *potestas iudicandi*. Certo, con tale osservazione non si intende dire che, nell'esercizio di quest'ultima, la Corte Europea abbia travalicato i confini territoriali di competenza. Si vuole, piuttosto, sottolineare che quanto ha formato oggetto di *esportazione* e di *circolazione* è la decisione di un caso, il modo con cui esso è stato deciso, i principi in esso contenuti ed applicati.

Potremmo dire, dunque, che l'idea sottesa alla decisione resa in Europa ha trapassato un ambito territoriale per essere trapiantata in un diverso contesto istituzionale e sociale.

A questo punto, è pure il caso di precisare che si è ben avveduti del fatto che un singolo caso non può certamente rivelare una più generale tendenza.

La questione, tuttavia, è che non ci si trova di fronte ad un singolo caso, ma al cospetto di una casistica alquanto variegata e che, ormai da tempo, disvela una propensione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo ad

assurgere a “*sort of world Court of human rights whose judgment are increasingly quoted by national courts and accepted by them*”¹⁵⁰.

In questo senso, si può ricordare il caso della Corte Suprema del Sudafrica, la quale si è riferita alle decisioni rese dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo per affermare la incostituzionalità della pena di morte alla luce della Costituzione del Sudafrica¹⁵¹.

Analogamente, la Corte dello Zimbabwe si è richiamata alle sentenze della Corte Europea al fine di affermare che le punizioni corporali praticate su adulti integrano una pena inaccettabile e crudele e che le punizioni corporali dei giovani sono incostituzionali¹⁵².

Ancora, il British Privy Concil, nella veste di Corte costituzionale della Giamaica, ha richiamato la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo formatasi in relazione al caso Soering contro Regno Unito, al fine di commutare la pena di morte di un cittadino giamaicano in ergastolo¹⁵³.

Peraltro, al di là dei costanti richiami alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, quali sono operati da parte di altri Tribunali disseminati oltre l’area europea, alcuni autori hanno significativamente evidenziato che le metodologie di ragionamento giuridico e di interpretazione enucleate dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sono

¹⁵⁰ J. Attanasio, *Rappporteur’s overview and conclusions: of sovereignty, Globalization and Courts*, in *International law decisions in National Courts*, Tomas M. Franck & Gregory H. Fox editions, 1996. In questo studio, si mettono evidenza i meccanismi di interazione tra giurisdizioni nazionali ed internazionali, sottolineando in particolare la sinergia con la quale tribunali nazionali e internazionali consentono una diffusione delle norme di diritto internazionale.

¹⁵¹ State w. Makwanyane, in SACRL LEXIS, 1995, p. 218.

¹⁵² Cfr. H. Hannum, *Recent Case*, in *Journal of international law*, 1990, p. 768.

¹⁵³ Pratt w. Attorney General for Giamaica.

state fatte proprie anche da parte di altre Corte sovranazionali, ed in particolare dalla Corte interamericana dei diritti dell'Uomo e dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani¹⁵⁴.

Il dato mi pare estremamente significativo.

Si consideri, infatti, che la capacità della giurisprudenza della Corte Europea di influenzare tribunali diversi opera sia a) ad un livello globale (il Comitato delle Nazioni Unite) sia b) con riferimento ad altre aree declaratorie dei diritti dell'Uomo.

E, più precisamente, ciò avviene sia quando una Corte si trovi, nel più vasto ambito delle proprie competenze, a decidere su una questione che tocchi i diritti fondamentali (come nell'ipotesi della Corte Suprema degli Stati Uniti ovvero della Corte Suprema del Sud Africa), sia quando è la stessa competenza di una Corte ad esaurirsi nella trattazione di casi che muovono dalla violazione di diritti umani (nel caso, dunque, delle cosiddette Corti ad *hoc*, come è avvenuto per il Comitato delle Nazioni Unite ovvero per la Corte Inter – Americana).

Non pare a questo punto difficile scorgere nelle decisioni rese dalla Corte Europea e nella sua stessa immagine di Istituzione deputata a rendere giustizia in materia di diritti umani, un'autorevolezza ed una capacità persuasiva che si spinge ben oltre l'area europea.

Anzi, la questione interessante è proprio questa e cioè che l'autorevolezza delle pronunce di quella Corte sono in grado di spiegare la propria influenza anche rispetto a Stati che non sarebbero in alcun modo tenuti a richiamarsi

¹⁵⁴ J.G. Merrils, *The development of international law by the European Court of Human rights*, 1993, p.18.

alle stesse, o perché non è stata accettata, da parte loro, la giurisdizione della Corte Europea ovvero perché, e più radicalmente, tali Stati non fanno parte del sistema CEDU.

Come si vede, la circolazione di principi giurisprudenziali enucleati da parte della Corte Europea non può essere ricondotta e spiegata alla luce di criteri di “vincolatività giuridica”. Si assiste, piuttosto, ad un riconoscimento dell’autorità persuasiva della Corte Europea, ad un riconoscimento cioè della sua legittimazione, della cura e della qualità di Giudici coinvolti nel compito di tutelare i Diritti dell’uomo.

Diverse, inoltre, le ragioni individuate dalla dottrina per spiegare il fenomeno. Si va, infatti, dalla posizione di chi ne ammette la plasmabilità in ragione della crescente pubblicazione e conseguente disponibilità delle decisioni¹⁵⁵, a quella di coloro che riconoscono emergente la sensazione per la quale altri Paesi prendono, finalmente, sul serio la questione del rispetto dei Trattati internazionali, specie in materia di Diritti Umani, fino ad arrivare all’affermazione di una retorica ormai universale che circonda la tematica della tutela dei Diritti dell’Uomo¹⁵⁶.

Ad avviso di chi scrive, le ragioni sopra descritte sono solo parzialmente idonee a giustificare l’originalità del ruolo svolto dalla Corte Europea nella promozione della tutela e nella salvaguardia dei diritti fondamentali, specie se la influenza dei suoi pronunciamenti viene riguardata nel panorama della globalizzazione giudiziaria.

¹⁵⁵ E. Benvenisti, *The influence of international Human Rights law on the Israeli legal system: present and future*, in *Israel Law Review*, 1996, pp. 136 e ss.

¹⁵⁶ M. D. Kirby, *The role of the judge*, in *Advancing Human Rights by reference to International Human Rights Norms*, in *Australian Law Journal*, 1988, p. 515.

Se, infatti, realmente si trattasse di una vicenda legata, in via esclusiva, alla maggiore accessibilità alle decisioni rese dalle varie Corti, in virtù della rivoluzione tecnologica ed informatica propria dell'epoca della globalizzazione¹⁵⁷, rimarrebbe da spiegare il perché, in tema di Diritti Umani per esempio, si *scelga* di fare riferimento, con sempre maggiore frequenza, alla giurisprudenza di quella Corte e non anche a quella di altri Tribunali che, a livello regionale ovvero a livello globale, esercitano la propria funzione giurisdizionale in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali.

Rimarrebbe, in sostanza, misterioso il perché anche Corti come il Comitato ONU sui diritti Umani e la Corte Interamericana si richiamino alla Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Tali ultimi Tribunali, infatti, possiedono senz'altro la capacità tecnica e l'autorevolezza necessaria per decidere, autonomamente, tutte le controversie portate alla loro attenzione, a prescindere da ogni richiamo esterno.

In tale prospettiva, più difficile è giustificare, poi, le ragioni che presiedono al richiamo della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo da parte di Stati Africani ovvero da parte degli stessi Stati Uniti. Gli uni e gli altri, rispettivamente, dovrebbero, in ipotesi, trovare maggiore affinità e consonanza nelle decisioni di quelle Corti sovranazionali che esercitano la funzione giurisdizionale nell'area continentale di competenza (rispettivamente la Corte Interamericana e quella Africana).

¹⁵⁷ Alcuni Autori ritengono che sia proprio la rivoluzione tecnologica a costituire la causa della globalizzazione Cfr. su questi aspetti, in particolare, A. Baldassarre, *Globalizzazione contro Democrazia*, Roma-Bari, 2002, spec. p. 5 e ss.

Analogamente, se effettivamente le motivazioni del fenomeno si risolvessero nella maggiore accessibilità delle decisioni, si dovrebbe, inoltre, spiegare la ragione per cui la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non si richiami, con altrettanta costanza, alle decisioni di altri Tribunali.

Si ritiene, inoltre, riduttiva la posizione, sopra segnalata, di quanti spiegano il richiamo alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in combinato con una più generale retorica che avvolgerebbe le controversie in materia di Diritti Umani e, in generale, il tema della salvaguardia delle Libertà fondamentali.

A parere di chi scrive, non è trascurabile la circostanza per cui, in virtù di tali richiami, spesso si aprono delle vere e proprie svolte radicali nel quadro degli ordinamenti interni. Così è stato nel caso della Corte suprema del Sudafrica che è pervenuta alla declaratoria di incostituzionalità della pena di morte ovvero il caso della Corte Suprema degli Stati Uniti che riconosce libertà sessuale agli omosessuali. Il che, mi pare, renda conto dell'opinabilità delle osservazioni di quanti riconducono, essenzialmente, il fenomeno ad una logica accrescitiva del prestigio personale dei Giudici¹⁵⁸.

Le ricostruzioni sopra svolte non tengono nella debita considerazione, il rilievo per cui ciò che, in via definitiva, forma oggetto di richiamo non è tanto il caso concreto deciso dalla Corte Europea, ma, piuttosto, i principi ed i metodi di ragionamento che la stessa utilizza per risolvere il caso concreto. In tale ordine di idee, la maggiore accessibilità, anche per via telematica, alle decisioni dei vari Tribunali dislocati sul pianeta, costituisce, al più, il

¹⁵⁸ Sul punto, cfr. A. Garapon, C. Guarnieri, *op. cit.*, p. 173.

mezzo attraverso cui venire a conoscenza del principio applicato in concreto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ovvero dell'ampiezza qualitativa e quantitativa del principio o della norma concernente la tutela che da questa interpretazione discende, anziché la causa del richiamo stesso ad opera di altri Tribunali. La maggiore accessibilità, dunque, se consente la conoscibilità della decisione non incide sul diverso, e più importante, piano della *condivisione del principio e della sua applicazione*.

È significativo, al riguardo, proprio la richiamata opinione dissenziente del Giudice Scalia nel caso *Larence contro Texas*. Il Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, infatti, nel lamentare che non si possono imporre agli americani mode, abitudini e tendenze proprie di altri contesti istituzionali, giuridici e sociali, ha ben presente che il riferimento alla Giurisprudenza di altra Corte significa, non già e più semplicemente, richiamare una sentenza resa da altro Giudice, ma applicare, condividendolo, il principio sotteso al caso deciso, in relazione ad un contesto istituzionale, sociale e giuridico diverso da quello di riferimento.

In altri termini, trascurando i casi in cui si rinvia alla decisione di altro Tribunale per fondare ulteriormente un proprio convincimento già altrimenti raggiunto, il richiamo alla Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo pare, piuttosto, orientato a trapiantare nel contesto di riferimento una idea, un principio, una forma di ragionamento estraneo all'Ordinamento richiamante.

Ma ciò sembra legarsi ad una logica diversa rispetto a quella che sta a monte della più generale circolazione di istituti giuridici che si registra nel tempo della globalizzazione e rispetto alla quale appare doveroso un confronto.

5. LA CIRCOLAZIONE DEI VALORI NELLO SPAZIO GIURIDICO GLOBALE

Per discutere dei caratteri della circolazione riguardante le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché dei principi in esse contenuti, pare utile richiamare alcuni passaggi dell'opera di Husserl figlio, al fine di evidenziare come siffatta circolazione si avvicini più al modello da questi descritto che a quello oggi preso in considerazione dagli studiosi della globalizzazione giuridica.

Osserva, in particolare, G. Husserl che “ [...] *non c'è un ordinamento giuridico che valga da sempre e in tutti i tempi. Esso è sempre un ordinamento di questa specifica comunità giuridica. Un ordinamento giuridico è valido quando le sue norme sono vincolanti per i membri della comunità di diritto che si riconosce in essa [...]. Il diritto dei romani, l'ordinamento giuridico dello Stato romano, non poteva sopravvivere alla caduta di Roma. Erano però contenuti nel diritto dei romani certi principi giuridici, certe forme di pensiero, certi metodi del pensiero giuridico, che possedevano una forza illuminante che andava ben al di là della sfera di influenza del populus romanus. Questo diritto romano ha continuato ad esercitare in maniera pregnante il suo influsso, anche molto tempo dopo che la comunità romana aveva cessato di esistere, ed ha influito fino nel presente, sui sistemi giuridici di altri Stati e nazioni*”¹⁵⁹.

Il passo citato, nel quale altri Autori hanno individuato la prova storica della intemporalità del Diritto¹⁶⁰, costituisce, secondo Husserl, un fenomeno

¹⁵⁹ G. Husserl, *Diritto e tempo*, op. cit., pag. 4.

¹⁶⁰ G. Capozzi, *Temporalità e norma*, op. cit., p. 329.

storico che si presenta più o meno immutato in quasi tutti gli ambiti della produzione umana: “*le idee, le valutazioni, i modi di pensare preformati in una determinata sfera culturale vengono assunti in forma più o meno invariata, in altre sfere culturali e là sviluppano una forza realizzativa [...]*”¹⁶¹.

Si tratta, spiega Husserl, del trapianto di idee da una sfera vitale ad un'altra dietro cui si cela un processo di detemporalizzazione: “*le idee vengono sradicate dal terreno della realtà spazio temporalmente condizionata nel quale sono cresciute e dal quale hanno ricevuto nutrimento. Vengono strappate dalle lunghe radici che avevano in questo terreno. Della cosa che deve essere trapiantata può essere trasferito in un nuovo spazio vitale **solo ciò che può crescere nel nuovo terreno ed attecchire nel differente clima.** Quando si tratta di un trapianto di questioni del diritto, la detemporalizzazione trova la sua espressione caratteristica nel fatto che le idee giuridiche vengono spogliate delle forme tramandate nelle quali si erano manifestate entro il loro ambito giuridico di origine [...]. Quando una questione del diritto viene spogliata della forma in cui si era manifestata, subisce, necessariamente un mutamento di senso. Questo mutamento consiste nella riduzione del relativo stato di cose giuridico ad un nucleo di senso che è stato rilevato dalla frantumazione della forma giuridica*”¹⁶².

Nella prospettiva del giurista fenomenologo, i nuclei di senso, frutto della *detemporalizzazione* condotta con il metodo della *riduzione*,

¹⁶¹ G. Husserl, *Diritto e tempo, op. cit.*, pag. 5.

¹⁶² *Ivi* pag. 6. Il grassetto è di chi scrive.

costituiscono delle “*verità giuridiche che come tali non possiedono alcuna forza normativa. Una riduzione che produca ciò, ci svela le strutture fondamentali di ogni diritto possibile, che hanno la natura di apriori giuridico*”¹⁶³.

Ora, ciò che appare significativo è che le verità giuridiche così ottenute – da non confondersi con un *diritto di ordine superiore* (Capozzi avverte la tensione di Husserl verso una possibile interpretazione della *Entzeitung* come la strada per un diritto naturale o sovrastorico¹⁶⁴) – devono, non di meno, incontrarsi con una data realtà, affinché si passi dall’esser dato della possibilità astratta alla manifestazione concreta.

Nella linea tracciata, si legge pure un ulteriore importante affermazione di Husserl secondo cui l’assunzione di idee nella vita dell’individuo, che non si distingue in maniera essenziale da quanto accade nel trapianto di idee giuridiche, ha validità “*per me, quando mi riconosco in esse, quando ne faccio uso e le rivivo attivamente*”¹⁶⁵.

La ricostruzione della dottrina husserliana, mi pare interessante, trascurando ulteriori possibili sviluppi¹⁶⁶, per la consapevolezza che essa esprime del fatto che, nel quadro dell’esperienza giuridica, si dà la possibilità di una circolazione di idee giuridiche.

Quest’ultima postula, per un verso, la recisione dei legami spazio temporali che essa dimostra con la realtà giuridica in cui è nata, e, per altro, la possibilità di attecchire in un contesto socio-istituzionale diverso – nel qual

¹⁶³ *Ivi*, pag. 7

¹⁶⁴ G. Capozzi, *op. cit.*, pag. 332.

¹⁶⁵ G. Husserl, *op. cit.* pag. 5

¹⁶⁶ Per alcuni dei quali, si rinvia a G. Capozzi, *Temporalità e Norma, op. cit.*, spec. pp. 327-323.

caso acquista sedimentazioni spazio-temporali che le pervengono dal trapianto nella diversa realtà – a condizione che venga riconosciuta valida anche per il nuovo contesto.

Su tale sfondo argomentativo, è degno di considerazione l'ulteriore rilievo per cui l'applicazione di una certa idea ad un nuovo contesto non discende da alcun vincolo giuridico che si ponga a livello di diritto positivo. E tale ultima notazione consente di escludere, ai fini che mi occupano, la ricorrenza del fenomeno del precedente giudiziario ovvero dello *stare decisis*. Né tale trapianto segue ad una imposizione forzata derivante da cause extragiuridiche. Il trapianto dell'idea in tanto è possibile in quanto essa venga ritenuta meritevole di seguito perché valida anche nel sistema giuridico destinato ad accoglierla.

A questo punto, mi pare di poter affermare che qualcosa di non troppo dissimile si possa riconoscere al segnalato fenomeno del richiamo della giurisprudenza della Corte Europea da parte di quegli organi giudicanti, nazionali ovvero sopranazionali, estranei al sistema CEDU. Questi ultimi, infatti, non applicano meccanicamente una specifica decisione della Corte Europea, né evidentemente ne seguono il contenuto perché giuridicamente vincolati. Per essi, dunque, le decisioni rese dalla Corte non hanno alcun valore di precedente e, conseguentemente, non è la logica del precedente che può giustificare la circolazione di che trattasi. Piuttosto, pare aprirsi una diversa prospettiva.

Una volta che la decisione sia stata recisa nei suoi legami con la specifica vicenda in cui è stata resa ed una volta effettuata una *riduzione* al principio in essa posto, ciò che forma oggetto di trapianto è piuttosto il principio

stesso, una tecnica di interpretazione ovvero lo standard qualitativo-quantitativo ivi fissato.

Del pari, i Giudici che si richiamano alla giurisprudenza della Corte Europea procederanno al trapianto se ed in quanto riterranno, per dirla con Husserl figlio, valido quel principio, quella tecnica interpretativa ovvero lo standard qualitativo-quantitativo rispetto all'ordinamento in cui il trapianto deve intervenire.

Così ricostruiti i caratteri che riguardano la circolazione della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nel quadro della globalizzazione giudiziaria, è ben possibile tracciarne, come sopra anticipato, i segni discretivi rispetto al più generale trapianto di istituti quale si registra nella prospettiva della globalizzazione giuridica. Con riguardo alla stessa, costituisce fermo convincimento che la globalizzazione giuridica sia il *“risultato dell'emersione di problemi che nessun ordine giuridico nazionale può risolvere da solo: l'espansione del commercio e la necessità di un “corpus” di regole che lo accompagni [o, ancora, esemplificativamente] il controllo di alcuni fattori di inquinamento ambientale generale, che vanno oltre le possibilità di intervento statale”*¹⁶⁷ e che siano, appunto, tali cause che sovrintendono e regolano il processo di accrescimento del patrimonio globale di istituti, regole e principi, di cui protagonisti sono molto spesso gli organi giurisdizionali.

La stessa percezione di problemi bisognosi di soluzioni globali - è stato detto - si pone come causa principale della proliferazione di organi

¹⁶⁷ S. Cassese, *Prolusione cit.*, pag. 10.

giurisdizionali a carattere planetario, sopranazionale ed internazionale¹⁶⁸. Ebbene, quelle descritte sono sostanzialmente le ragioni della circolazione di istituti giuridici nello spazio giuridico globale, di cui non si manca, addirittura, il tentativo di una classificazione¹⁶⁹. Senonché, un esame approfondito di tali classificazioni e della pur incerta grammatica giuridica formatasi in relazione alle interazioni e contaminazioni segnalate dalla dottrina, non sfugge a due conclusioni di fondo.

In primo luogo, che i livelli nazionali e quelli globali all'interno dei quali si muovono le istituzioni giudiziarie e non, a carattere sopranazionale, concorrono alla creazione di una logica binaria. In ragione di quest'ultima, parallelamente all'affermazione di uno spazio giuridico globale, si registra un diritto alla differenziazione riservato agli ordinamenti nazionali, i quali, infatti, non scompaiono né vengono fagocitati dal diritto globale. Ne segue, dunque, un ulteriore disputa tra coloro che rivendicano allo Stato il ruolo di protagonista della *governance* globale e coloro che, all'opposto, nell'affermazione dello spazio politico e giuridico globale, rinvergono la fine della sovranità statale¹⁷⁰.

La seconda conclusione consiste nella presa d'atto che rimane pressoché impossibile individuare leggi che regolano la circolazione.

¹⁶⁸ Cfr., tra gli altri, A. Del Vecchio, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Milano, 2003, spec. pp. 23 – 30; cfr., pure, D. Zolo, *La Globalizzazione... cit.* p. 88.

¹⁶⁹ S. Cassese *Prolusione, op. cit.*, pag. 11 ss.

¹⁷⁰ Sul dibattito cfr. *amplius* D.W. Drezner, *The Global Governance of the Internet: Bringing the State Back In*, in "Political Science Quarterly", vol. 119, n. 3, 2004, pp. 477-498; cfr. pure, su questi temi N. Irti, *Norme e luoghi, problemi di geo-diritto*, Roma – Bari, 2001; *id.* *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 2003.

Significativa, ancora, mi pare la constatazione per la quale i campi in cui, massimamente, si verifica il trapianto di istituti siano rappresentati dal commercio globale e dalla giustizia penale internazionale. Come si vede, tuttavia, la logica che presiede alla diffusione globale degli istituti è assolutamente eterogenea rispetto a quella, sopra segnalata, in cui si trova coinvolta la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Nel diritto globale, la comunicazione di istituti, attraverso il materializzarsi di integrazioni verticali oppure orizzontali, finisce per risolversi alla luce di due tipologie essenziali: o il trapianto si verifica in ragione della cessione di quote di sovranità – volontaria e consapevole oppure imposta, a seconda delle posizioni - che lo Stato nazionale fa in favore di organismi sopranazionali ed internazionali, nel qual caso si instaura, pur sempre, un canale di comunicazione diretto che va dall'alto verso il basso o, viceversa, dal basso verso l'alto; oppure, per così dire, per via orizzontale, ma ciò si verifica per effetto della preminenza di un ordinamento rispetto ad altri¹⁷¹. In entrambi i casi, l'istituto viene trapiantato così come esso si presenta alla fonte, senza possibilità di mediarne la compatibilità con il contesto destinato ad accoglierlo, senza possibilità, come osservato da Husserl, di riviverlo attivamente.

È indiscutibile, allora, che, nella dinamica ricostruita difetta qualcosa di simile e che, con un margine almeno approssimativo, si possa avvicinare al sistema di circolazione dei principi descritto a proposito della

¹⁷¹ E. Bellin, *The Iraqi Intervention and Democracy in Comparative Historical Perspective*, in "Political Science Quarterly", vol. 119, n. 4, Winter 2004-2005, pp. 595-608, in cui si tratta della problematica della possibilità di trapiantare la stessa democrazia. Sul punto, cfr., pure, J. Habermas, *Che cosa significa il crollo del monumento?*, in *L'occidente diviso*, Roma – Bari, 2005, pp. 5 – 16.

giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Non si rinviene, infatti, in tali meccanismi né una *riduzione* della realtà spazio-temporale in cui matura l'istituto da trapiantare, né una verifica dell'idoneità del principio di cui si opera la *tradizione* a presentarsi come *valido* rispetto all'ordinamento in cui si va ad innestare.

Nello spazio giuridico globale, dunque, salva la possibilità di differenziazione giuridica del singolo ordinamento statale, allorché la materia oggetto di regolazione fuoriesce dalla *prospettiva globalizzante*, si afferma, normalmente, la logica dell'*omologazione*. Se si eccettuano riserve di differenziazione, allora, lo spazio giuridico e politico globale - sia esso il risultato di una libera e consapevole scelta dello Stato di arretrare la propria sovranità, sia, piuttosto, tale arretramento imposto allo Stato nazionale da fattori esogeni - ci presenta un diritto tendente alla omogeneizzazione nello *spazio* in cui prevale l'automaticità dell'adeguamento a prescindere dalla considerazione dell'ordinamento giuridico istituzionale in cui esso - adeguamento - si verifica.

Per converso, la circolazione dei principi enucleati dalla Corte Europea muove da una detemporalizzazione e despazializzazione dal contesto in cui sono stati affermati, ed il loro trapianto - con seguente espansione dell'influenza della Corte di là dall'ambito regionale di riferimento - avviene in virtù di una libera scelta che quei principi *rivive* ed usa *attivamente*.

Ma appunto perché, nel fare propria la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, è possibile leggere la volontà di assumere una tecnica interpretativa ovvero un principio, in quanto ritenuto *valido* anche per

un'altra comunità di diritto, si deve considerare che il principio così trapiantato presenti un'attitudine a valere per il futuro, e non già con limitato riferimento alla presente e contingente vicenda.

Il che, peraltro, appare tanto più fondato se ai precetti sui diritti umani si riconosce la natura di *“parametri di azione, per gli Stati e per gli individui [...] i quali impongono linee di comportamento, esigono dai Governi azioni di un certo tipo e nello stesso tempo legittimano gli individui a levare alta la propria voce se quei diritti non vengono rispettati”*¹⁷².

Il trapianto così effettuato, in quanto rivela una connotazione assiologica, si distingue dalla mera interazione, viceversa, riconoscibile nei fenomeni della globalizzazione giudiziaria sopra ricostruiti. Tale circolazione, anzi, si ispira ad una logica diversa da quella sottesa ai meccanismi di contaminazione rinvenibili nel globalismo giuridico. Quando a circolare, specie rispetto all'ambito territoriale di riferimento, è una idea che, per effetto del trapianto nel nuovo contesto, è destinata a valere come regola per il futuro, non pare sia riconoscibile alcuna funzione di riequilibrio politico – istituzionale, ovvero di tipo moraleggiante né, la presenza *“ipertrofica del tempo presente”* che, comunemente, si ritiene assurgere a causa ed effetto del carattere vincente dell'istituzione giudiziaria nel tempo della globalizzazione¹⁷³.

Il carattere vincente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'epoca della globalizzazione, non è legato ad alcuna crisi di rappresentatività dell'istituzione tradizionale, anzi, ne presuppone una immutata forza e

¹⁷² A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma – Bari, 2005, pag. 4.

¹⁷³ M.R. Ferrarese, *Il Diritto al presente*, op. cit., pag. 187 e ss.

presenza. Il suo successo, in particolare, è intimamente collegato alla capacità di sottrarsi alla contingenza ed al flusso sempre presente e cangiante in cui pare immerso il diritto della globalizzazione, nonché alla sua forza ideale di provocare riforme e cambiamenti, funzionali ad assicurare e meglio rispettare la dignità dell'Uomo.

6 DALLA RETE AD UNA POSSIBILE GERARCHIA?

A questo punto, è lecito domandarsi se l'ampia casistica richiamata in precedenza e che conferma una singolare forza espansiva della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non riveli, a cagione degli stessi meccanismi di circolazione che la riguarda, una attitudine a superare la struttura reticolare in cui oggi l'istituzione giudiziaria, consapevolmente o inconsapevolmente, si organizza.

Come sopra chiarito¹⁷⁴, autorevole dottrina è dell'avviso che la solidarietà transnazionale dei giudici e la crescente comunicazione tra i diversi tribunali - nazionali, transnazionali ed internazionali - sia fenomeno che dimostri empiricamente la propria esistenza e che, tuttavia, sia preclusa l'individuazione di leggi che, in qualche modo, consentano una visione sistematica e classificatoria del fenomeno.

Di tale solidarietà, si mettono, inoltre, in evidenza i caratteri della labilità e quelli della articolazione secondo il modello della "rete", impassibile di sussunzione secondo paradigmi gerarchici e verticistici¹⁷⁵. La rete

¹⁷⁴ Cfr. *supra* Capitolo II, paragrafo 3.

¹⁷⁵ Sul concetto di rete, cfr. tra gli altri, F. Ost e M. Van De Kerchove, *op. cit.*; C. Amirante, *I diritti umani tra dimensione normativa e dimensione giurisdizionale?*, in *Sviluppo dei Diritti dell'Uomo e protezione giuridica*, Napoli 2003, pag. 43; G. Thompson, J. Frances, R. Levacic, J. Mitchell, *Markets Hierarchies and Networks. The coordination of Social*

giudiziaria assume i compiti di raccordo, mediazione, risoluzione del conflitto ingenerati dalla struttura giuridica a *rete* assunta oggi dal diritto stesso. In altri termini, l'immagine della rete giudiziaria è speculare alla struttura reticolare del diritto globale.

Senonché, la capacità polidirezionale dei pronunciamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, capaci di porsi – senza imporsi – all'attenzione degli organismi sopranazionali, di quelli internazionali e di quelli nazionali, unitamente agli effetti che siffatti richiami sono destinati a produrre nel contesto in cui vengono trapiantati, convince dell'esistenza di una Corte che, pur immettendosi nella c.d. *rete*, tende a trapassarla.

E lo fa in una maniera per la quale, pur a prescindere dall'esistenza di vincoli in termini di diritto positivo, si segnala, per la sua autorevolezza nel quadro di una sovraordinazione rispetto agli altri attori della globalizzazione, come parametro di riferimento cui, chi è chiamato a *ius dicere* in tema di diritti dell'uomo, è pressoché naturalmente portato a rivolgere lo sguardo, al fine di cogliere e soddisfare nuove richieste di tutela che rispondano al rispetto pieno della dignità della persona umana.

Ora, non solo, gli studiosi di diritto internazionale¹⁷⁶ sono univocamente concordi nel ritenere che la fortuna che ha assistito la Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sia sostanzialmente connessa al fatto di essere “*l'unico*

Life, Sage, London, 1991; P. Bonavero, E. Dansero, *L'Europa delle Regioni e delle Regioni*, UTET, Torino, 1998.

¹⁷⁶ Cfr. M. Patrono, *I Diritti dell'Uomo nel paese d'Europa*, Padova 2000; sul punto cfr., poi, A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, 2003, VIII Ed.; *Id.*, *I diritti umani oggi*, cit.; B. Conforti, *Protezione internazionale dei diritti umani*, in *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica*, pag. 21 a 26, Napoli, 2003; così pure, L. Bonanate, *Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani*, p. 270 a 272, in *Diritti Fondamentali*, a cura di L. Ferraioli, Roma – Bari 2001.

*caso di giurisdizione internazionale piena e vincolante*¹⁷⁷ in materia di diritti umani, in quanto, ai fini del suo funzionamento, sono previsti particolari meccanismi attraverso cui le decisioni della Corte europea sono vincolanti per gli Stati che fanno parte del sistema CEDU e ne abbiano accettata la giurisdizione, nonché meccanismi che garantiscono l'esecuzione della decisione stessa.

A ciò, come è noto, si aggiunge un grado di effettività maggiore che la Corte europea deriva dalla circostanza di poter essere adita, direttamente, dagli individui che assumono perpetrata ai loro danni una violazione dei propri diritti fondamentali. In altri termini, l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'Uomo costituisce la prova storica dell'intuizione politica per la quale non è dato rispetto dei diritti dell'uomo in forza della sola proclamazione, a prescindere dal momento dalla tutela effettiva e dello stesso profilo applicativo¹⁷⁸.

In ragione di tanto, appare agevolmente spiegabile il perché la Corte europea dei diritti dell'uomo, anche a volersi ritenere inserita in una rete, tenda ad affrancarsi dalla stessa per delineare un orizzonte di tipo verticale e gerarchico rispetto ad ogni altro tribunale che sia chiamato a dare giustizia in tema di diritti umani. E ciò anche al di là dei limiti regionali che ne segnano la *potestas iudicandi*.

Appariranno, a questo punto, chiare le ragioni con le quali si è esordito.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo, infatti, presenta, nella globalizzazione giudiziaria, un ruolo di sicuro protagonismo, il quale,

¹⁷⁷ Cfr. B. Conforti e G. Raimondi, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Enc. Dir. ad vocem*.

¹⁷⁸ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, pag. 18.

tuttavia, mi pare debba essere spiegato secondo logiche diverse da quelle che, secondo la dottrina, fanno di quella giudiziaria l'istituzione vincente al tempo della globalizzazione. In tale prospettiva, si muove il convincimento per cui un riequilibrio, in termini realmente democratici e rispettosi della dignità umana, della relazione intercorrente tra cittadino e pubblica amministrazione, nel senso sopra proposto, trovi una linea di sicuro sviluppo nella giurisprudenza di Strasburgo.

7. LA BUONA AMMINISTRAZIONE NEL PRISMA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

Nei paragrafi che precedono, attraverso il riferimento ad una casistica alquanto variegata ed a posizioni dottrinali allo stato ancora embrionali, si è posta in evidenza l'influenza esercitata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, anche in relazione ad ordinamenti giuridici che non fanno parte del sistema CEDU e che neppure territorialmente si collocano nell'area continentale europea¹⁷⁹. Tale dato suffraga il convincimento per il quale l'influenza in questione è destinata ad acquisire intensità maggiore nello spazio giuridico europeo, presentando, altresì, significativi elementi di contaminazione e/o interazione laddove riguardata nello spazio comunitario.

¹⁷⁹ Il sistema CEDU ha costituito, conclusivamente, senz'altro un importante parametro di riferimento per tutte le successive esperienze preordinate ad assicurare, sia a livello globale che a livello regionale, i diritti dell'Uomo. In tal senso, si può ricordare il caso della *Convenzione americana sui diritti dell'Uomo*, firmata a Sant José de Costarica il 22 novembre 1969, ovvero, la *Carta Africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli*, firmata a Nairobi nel 1981, o, ancora, la *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo nell'Islam*, o, la *Carta Araba dei Diritti dell'Uomo*. Per gli aspetti concernenti una progressiva convergenza sui diritti dell'Uomo cfr. AA.VV. *Per una convergenza mediterranea sui Diritti dell'Uomo*, vol. I, *Le Carte delle organizzazioni araba, islamica e africana*, Roma 1997.

In effetti, la Corte Europea dei diritti dell’Uomo, che retrodata la propria istituzione addirittura al 1950, e cioè immediatamente dopo la conclusione del secondo conflitto mondiale, ha caratterizzato il proprio ruolo, in Europa, per aver incoraggiato numerose riforme affinché ciascuno Stato aderente alla CEDU orientasse il proprio sistema giuridico - istituzionale agli standards qualitativi e quantitativi progressivamente enucleati dalla Corte, in modo tale da rendere effettivo il rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali degli individui coinvolti, in qualche forma, dall’esercizio di sovranità degli Stati contraenti¹⁸⁰.

Naturalmente, non può trascurarsi il fatto che la quasi totalità degli Stati contraenti che hanno ratificato la Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo siano già dotati di un proprio *bill of rights* preordinato a garantire la tutela dei diritti fondamentali, tanto che, non raramente, si registra una coincidenza del catalogo dello Stato contraente rispetto a quello sovranazionale, se non, addirittura, un’ampiezza superiore del primo rispetto al secondo. Anche a fronte di tale situazione, tuttavia, l’incidenza dello standard sopranazionale di tutela appare innegabile. Esso, infatti, “*serve come elemento utile (insieme ad altri) per assicurare l’effettività delle garanzie promesse*”, può servire “*da stimolo in direzione di un graduale adeguamento delle garanzie interne allo standard internazionale*” o,

¹⁸⁰ Sul punto, si deve, infatti, ricordare che l’obbligo internazionale di tenere una condotta conforme alle disposizioni CEDU deriva dall’adesione – e dunque da un atto di volontà – del singolo Stato, il quale è certamente libero di ratificare o meno la convenzione oppure di recedervi, alla stregua sempre di un proprio atto di volontà. Tuttavia, la particolarità sta nel fatto che, a seguito dell’accettazione dell’obbligo in questione da parte dello Stato, quest’ultimo perde il potere – viceversa usuale in altri trattati – di apporre riserve in itinere. In tal senso, cfr., per tutte, Corte Europea dei diritti umani, *Loizidou v. Turchia*, sent. 23 marzo 1995.

ancora, quello standard può essere funzionale “*a surrogare o a completare, per quanto possibile, il complesso delle garanzie interne*”¹⁸¹.

Così, se talora è accaduto addirittura che la Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo sia stata direttamente incorporata nel sistema nazionale¹⁸², in altri casi, come sopra accennato, ha costituito l’occasione per operare, a livello nazionale, degli importanti adeguamenti, conformando, secondo dignità umana, legislazioni ovvero istituzioni giuridiche¹⁸³.

Con riferimento al rapporto intercorrente tra cittadini e pubblica amministrazione, l’affermazione di una eventuale incidenza dei pronunciamenti della Corte europea è tutt’altro che scontata¹⁸⁴.

Lo strumento convenzionale CEDU, come è noto, nasce dalla volontà degli Stati contraenti di apprestare la tutela di un patrimonio minimo di diritti fondamentali che, in ragione della loro natura, si presentavano, non solo

¹⁸¹ M. Patrono, *I Diritti dell’uomo nel paese d’Europa*, op. cit., pag. 26.

¹⁸² Così è avvenuto per la Gran Bretagna che, attraverso lo *Human Rights Act* del 1988, ha appunto incorporato la Convenzione europea, con ciò, peraltro, affermando per la prima volta ed a livello di diritto positivo il principio di uguaglianza formale.

¹⁸³ Per l’Italia, si possono ricordare l’adozione della c.d. Legge Pinto n. 89/2001, che, si è già registrato, nasce dalle reiterate condanne pronunciate dalla Corte Europea a danno dell’Italia per l’irragionevole durata dei processi. Nella stessa linea, si deve ricordare anche l’adozione del TU di cui al DPR 327/2001, in materia di espropriazione per pubblica utilità, con il quale si prevede, a livello legislativo, l’istituto dell’occupazione acquisitiva, già reiteratamente sanzionato dal Giudice sopranazionale perché contrario ai diritti dell’Uomo.

¹⁸⁴ Al riguardo, si deve sottolineare che l’assenza di ogni riferimento espresso alla relazione tra cittadino ed amministrazione, nel catalogo CEDU, ha costituito una delle ragioni principali per le quali, in passato, la CEDU non è stata compiutamente sviluppata nelle sue possibilità sul versante che occupa, ritenendosi, infatti, che l’Amministrazione non fosse riguardata dalla Convenzione. Su questi aspetti, cfr. C.E. Gallo, *La Convenzione europea per i diritti dell’uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. Amm.*, 1996, pag. 499 e ss. e G. Greco, *La Convenzione europea per i diritti dell’uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. Ital. Dir. Pubblico Comunitario*, 2000 p. 240, 25 ss.. Tali autori, a quanto è stato possibile apprendere, sono tra i primi studiosi italiani, e tra i pochi, che si sono occupati dell’influenza CEDU quanto ai rapporti tra cittadini ed Amministrazione.

irrinunciabili ma anche riluttanti ad ogni ingerenza da parte degli Stati stessi.

Ciò che risulta indiscutibile è che la questione dell'esercizio dei poteri sovrani degli Stati, specie quelli che si riconnettono al diritto pubblico e al diritto amministrativo, nei confronti dei propri cittadini, non viene riguardata direttamente dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nel Catalogo CEDU, in altri termini, si rinvencono bensì affermati diritti e libertà fondamentali degli individui nei confronti degli Stati contraenti, ma non vi rinveniamo affermate, a livello di diritti fondamentali, le disposizioni per così dire di diritto sostanziale che riguardino il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione.

Ritroviamo, in tale assetto, l'affermazione della storica insensibilità delle questioni del diritto pubblico a formare oggetto di disciplina e/o regolazione a livello internazionale, differentemente da una attitudine dimostrata da altre discipline, quali il diritto civile che – si insegna - non hanno mai costituito *mancipio* dello Stato¹⁸⁵.

Mi pare di poter affermare che la ragione della lacuna vada individuata, conclusivamente, nella circostanza per cui il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, in quanto costituisce reminiscenza dell'idea per la quale lo Stato è il suo popolo¹⁸⁶, non si presta ad alcuna regolazione che non promani dallo Stato medesimo: parafrasando Vassalli, il se ed il come

¹⁸⁵ Cfr. sul punto, F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, in “Studi Giuridici”, vol. III, tomo II, “Studi vari (1942-1955)”, Milano, 1960, p. 755.

¹⁸⁶ Nel senso che il suo diritto [dello Stato] è l'unico che [in via esclusiva] può dettare regole per gli amministrati. Al riguardo, pare utile rimandare, con N. Irti – *Norma e Luoghi*, *op. cit.*, p.18-21 – al concreto rapporto tra uomini e luoghi, al “*vivo e determinato legame*”, espresso da G. Simmel – *Sociologia*, 1908, trad. it. Di G. Giordano, Torino, 1998 – con la discussione intorno ai caratteri di unicità ed esclusività che caratterizzano la fusione di una data formazione sociale con una data estensione del territorio.

lo Stato debba disciplinare i rapporti con i propri amministrati è questione che rientra nell'esclusivo *mancipio* dello Stato stesso. E, per la verità, non mancano affatto decisioni in cui la Corte si preoccupa di ribadire che l'interferenza del Giudice sopranazionale risulta ammissibile per ogni tipo di funzione, eccettuate quelle che attengono l'esercizio dei poteri sovrani¹⁸⁷. Più precisamente, la Corte è dell'avviso che l'esistenza di un ampio potere discrezionale in capo allo stato contraente rende, sostanzialmente, impercettibile l'esistenza di un diritto che possa formare oggetto di sindacato. In realtà, è certo che dietro la spiegazione *tecnica* della inesistenza di un diritto che possa trovare ingresso innanzi alla Corte europea, si nasconde, piuttosto, la convinzione per cui la discrezionalità comporti la insindacabilità ed improcessabilità in genere degli atti pubblici. Viceversa, ad avviso di chi scrive, un serio approfondimento della problematica consente di ritenere rintracciabile una tendenza giurisprudenziale significativa della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, preordinata ad assicurare le garanzie del giusto processo in favore del destinatario dell'esercizio di un pubblico potere amministrativo, anche per ciò che riguarda il procedimento, con conseguente riconoscimento in capo al cittadino del diritto di essere ascoltato e, dunque, di partecipare, attraverso l'esposizione del proprio punto di vista, all'adozione della decisione amministrativa.

Senonché, se ciò fosse, sarebbe difficilmente giustificabile la *restaurazione* della logica (mi si perdonerà l'enfasi dell'espressione) autoritaria,

¹⁸⁷ Cfr. Caso Pellegrin v. France, sent. 08 dicembre 1999, n. 689, pubblicata, anche, in "Il corriere giuridico" n. 3, 2000, p. 304.

diffusamente passata in rassegna in precedenza¹⁸⁸, reintrodotta nel nostro ordinamento dalla Legge n. 15/2005. Ma, se ciò fosse, ne risulterebbe una Costituzione, come quella italiana, che pur si segnala per la posizione di avanguardia nella tutela dei diritti fondamentali, contiene delle opzioni assiologiche concernenti la posizione del destinatario coinvolto nell'esercizio di un potere amministrativo di dubbia compatibilità con il rispetto della dignità umana. La tendenza in questione dà mostra di sé, anzitutto, attraverso l'applicazione che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo fa dell'art. 6 della Carta¹⁸⁹.

A mente dell'art. 6, rubricata "*diritto ad un processo equo*", sopra richiamato, "*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile e sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti [...]. In particolare, ogni accusato ha diritto a) di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile ed in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore [...]*".

Come si vede, la previsione in esame è disposizione dedicata a garanzie che devono essere assicurate in favore degli individui nell'ambito delle

¹⁸⁸ Cfr. *supra*, capitolo I.

¹⁸⁹ Su cui, cfr. anche S. Cassese, *Le Basi Costituzionali*, in Trattato di Diritto Amministrativo, Parte Generale, Milano, 2004, Vol. I, pag. 240.

procedure giudiziarie. Si tratta, cioè, di norma che, con riferimento al tema che occupa, dovrebbe essere considerata, al più, applicabile al processo amministrativo. Viceversa, è costante l'interpretazione assai estensiva di questa previsione. Si spiega, sul punto, che *“il termine contestazione su diritti ed obbligazioni di carattere civile comprende ogni tipo di procedura il cui esito si rifletta su diritti di carattere privato. Ciò, indipendentemente dal fatto che, di fronte stiano un autorità titolare di pubblici poteri ed un privato cittadino, a prescindere dalla legge su cui si contende (amministrativa, civile, o commerciale) e a nulla rilevando, infine, che l'autorità interna competente a decidere appartenga alla Magistratura ordinaria o ad una giurisdizione amministrativa.[...] Il concetto di Tribunale va poi interpretato in maniera elastica sì da comprendere anche organi amministrativi o corporativi e organi giurisdizionali che manchino di uno o più dei requisiti formali tradizionalmente esistenti negli ordinamenti degli stati europei [...] Così come il termine contestazione non deve dar luogo ad una interpretazione restrittiva di tipo tecnico o formale; esso si riferisce infatti ad ogni vertenza che opponga opposti interessi, purché il suo esito influisca direttamente sull'esercizio di un diritto di carattere civile”*¹⁹⁰.

In tale contesto, il diritto di carattere civile, peraltro, non si restringe ai casi sicuramente *privatistici* di controversie tra cittadini o tra cittadini e Stato allorché quest'ultimo agisca come persona privata e non come detentore di pubblici poteri¹⁹¹, estendendosi fino ad coprire la diversa ipotesi

¹⁹⁰ Cfr. Le Compte, Van Leuven, De Meyere v Belgio, sent. 23 giugno 1981.

¹⁹¹ Cfr. Benthem contro Olanda, sent. 23 ottobre 1985

dell'esercizio delle professioni, la gestione di cliniche private¹⁹², i procedimenti disciplinari¹⁹³, la gestione di impianti di distribuzione carburanti, l'esercizio di una licenza di commercio¹⁹⁴. In tutte queste ipotesi, la Corte europea ha osservato che l'Amministrazione decide una questione concernente un diritto civile, con la conseguenza che l'organo decidente deve godere delle condizioni di imparzialità ed indipendenza alla stregua di un Tribunale chiamato a decidere un processo, in senso stretto ed in senso proprio.

Ne sono seguiti, in conseguenza, alla luce del citato principio, le dichiarazioni di contrarietà alle disposizioni della Convenzione di taluni procedimenti amministrativi, contenziosi ovvero semi-contenziosi¹⁹⁵, in ragione dell'assenza del diritto al contraddittorio¹⁹⁶, della carenza di una adeguata indipendenza ed imparzialità dell'organo decidente¹⁹⁷, e ancora per violazione del diritto dell'interessato a munirsi di un difensore¹⁹⁸.

Quello che maggiormente colpisce delle esemplificazioni sopra richiamate è il fatto che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ricavato da una disposizione tipicamente processuale una norma di diritto sostanziale che, più precisamente, sembrerebbe porsi come la deriva democratica (individuata da standard sopranazionali) di un rapporto tradizionalmente conservato al *mancipio* dello Stato. Anche la relazione intercorrente tra

¹⁹² Cfr. Koenig contro Repubblica Federale di Germania, sent. 28 giugno 1978.

¹⁹³ Cfr. Albert contro Belgio, sent. 10 febbraio 1983.

¹⁹⁴ Cfr. Pudas contro Svezia, sent. 27 ottobre 1987.

¹⁹⁵ Cfr. D. A. Perrotta, *La Nuova Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 1999, pp. 253 e ss.; J.F. Flaus, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Actualité juridique – droit administratif*, 20, juin 2000, pp. 530 e ss..

¹⁹⁶ Sul punto, cfr., pure Feldebruge v Holland, sent. 29 maggio 1986.

¹⁹⁷ Cfr. *Supra* nota 185.

¹⁹⁸ Cfr. Campbell e Fell contro Regno Unito, sent. 24 maggio 1984.

cittadino e Pubblica amministrazione, dunque, risulta, per questa via, fortemente illuminata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Una prima osservazione da svolgersi riguarda, allora, la conferma, non pacificamente accettata in dottrina¹⁹⁹, del fatto che anche i Diritti dell'Uomo, contenuti nella CEDU, siano passibili di interpretazione evolutiva e/o di applicazione analogica.

La storicità dei diritti dell'Uomo, in sostanza, pare vada affermata, non solo con riferimento al momento genetico, donde l'affermazione per cui gli stessi “*constituiscono una classe variabile*”²⁰⁰ e che “*ciò che sembra fondamentale in una epoca storica ed in una determinata civiltà non è fondamentale in altre epoche, in altre culture*”²⁰¹, ma anche con riguardo a loro stesso momento applicativo²⁰².

Del resto, nel senso ora descritto, la Corte Europea va affermando, ormai da tempo, che la Convenzione costituisce uno strumento vivente e che, per tale ragione, va interpretata alla luce delle circostanze esistenti all'atto dell'interpretazione, anziché con riferimento al momento della redazione

¹⁹⁹ Per tutti, cfr. H. Mosler, *Problems of interpretation in the case law of the European Court of human rights*, in Kalshoven, Kuyper, Lammers, *Essays on the development of the international legal order*, in memory of H.F. Van Panhuys, Aelphen aan den Rijn, 1980 pp. 158 – 160; J.G. Meryls, *The development*, *op. cit.*, pag. 80; P. Rolland, *Le contrôle de l'opportunité par la Cour Européenne des droits de l'homme*, in Rousseau, *Sudre* (a cura di), *Conseil constitutionnel et Cour Européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Nancy, 1990, pp. 70 – 74.

²⁰⁰ N. Bobbio, *L'età dei Diritti*, *op. cit.* pag. 9. Più in particolare, l'Autore osserva che l'elenco dei diritti dell'Uomo si è modificato e va modificandosi con il mutare delle condizioni storiche, cioè dei bisogni e degli interessi, delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche

²⁰¹ *Ivi*, dove si evidenzia pure che tali diritti sono storicamente relativi ed, in quanto tali, potenzialmente soggetti a mutamento.

²⁰² Sul rapporto tra Storicità del diritto e applicazione giurisprudenziale della norma, cfr. A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, G. Marino (a cura di), Milano, 2003, pp. 35 -74.

della Convenzione stessa²⁰³. Ora, se effettivamente nella casistica richiamata è possibile leggere una tendenza per la quale non soltanto a proposito del processo ma anche in relazione ai procedimenti amministrativi devono trovare applicazione talune garanzie ineliminabili, ciò mi pare si spieghi col fatto che la relazione tra amministrazione e amministrato, se non fuoriesce dal *mancipio* dello Stato nazionale per formare oggetto, al pari di altri campi, di regolazione comune, non sfugge, comunque, ad un più generale controllo di democraticità svolto a livello sopranazionale.

In altri termini, e nella maggioranza dei casi, la disciplina giuridica con cui lo Stato nazionale segna quantità e qualità della partecipazione del destinatario al circuito decisionale rimane oggetto di *monopolio* statale, rispetto al quale la Corte Europea preferisce evitare ogni ingerenza.

Eppure, quest'ultima non tarda ad intervenire laddove quella disciplina non rispetti i crismi che ci si attende di una società democratica²⁰⁴, come quando, per esempio, al destinatario di un provvedimento – sfavorevole – non sia data la possibilità di esporre, compiutamente e utilmente, il proprio punto di vista²⁰⁵. Del resto, l'intervento della Corte Europea dei diritti

²⁰³ Nel senso dell'ammissibilità dell'interpretazione evolutiva della CEDU, cfr., tra gli altri, G. Sørensen, *Les droits inscrits en 1950 dans la Convention européenne des droits de l'Homme ont-ils la même signification en 1975?*, in *Actes du IV colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1975, pp. 85 – 111 ; cfr. Pure, Bernhardt, *Evolutionary treaty interpretation, especially of the European convention on human rights*, in *Gyl*, 1999, pp. 11 – 25 ; ed ancora G. Pustorino, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella prassi della Commissione della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998;

²⁰⁴ In tal senso, cfr. *Karl – Heins Wemhoff v. République Fédérale d'Allemagne*, sent. 27 giugno 1968; *Emile Delcourt v. Belgique*, sent. 17 gennaio 1970.

²⁰⁵ Cfr. da ultimo, *Case of Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, sent. 21 ottobre 2003, n. 29010/95, decisione nella quale la Corte ha confermato che le decisioni destinate ad incidere sui diritti delle persone devono essere adottate, in ogni caso, dopo averne disposto l'audizione.

dell'Uomo, nella materia che occupa in questa sede, mi sembra possa giustificarsi anche alla luce del ruolo sempre crescente svolto dalle Amministrazioni Pubbliche negli ordinamenti giuridici e del numero sempre crescente di funzioni ed obiettivi ad essa assegnati.

La soluzione appena proposta, consistente nell'inferire dalle garanzie processuali, poste dall'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, la possibilità di riequilibrare in termini effettivamente democratici e rispettosi della dignità umana la relazione tra amministrazione ed amministrati, quale si presenta nei procedimenti amministrativi, deve, in ogni caso, fare i conti con una possibile obiezione.

Nei casi passati in rassegna, infatti, sembra emergere una certa *timidezza* della Giurisprudenza di Strasburgo nell'estendere meccanicamente ai procedimenti amministrativi le garanzie in questione. Tale prudente atteggiamento, in particolare, si riconnette al convincimento per cui sia necessario impedire che le garanzie processuali risultino applicabili, almeno nella loro portata massima, in procedimenti di carattere non giurisdizionale, sempre che esista nell'ordinamento del foro la possibilità di rivolgersi successivamente ad una istanza amministrativa maggiormente assistita da garanzie processuali, ovvero ad una istanza giurisdizionale che funzioni in piena conformità all'art. 6 citato. In buona sostanza, ad avviso della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, se il procedimento decisionale consta di più decisioni successive, si potrebbe ammettere che le garanzie processuali possano disconoscersi o riconoscersi meno ampiamente, nell'istanza successiva quando non siano state riconosciute (o siano state riconosciute più ampiamente) nell'istanza anteriore o viceversa.

Come si vede, viene enucleato un limite che è diretto ad assicurare alla collettività un risparmio di risorse sia finanziarie che temporali.

In tale senso, non va infatti dimenticato che, già a partire dalla richiamata decisione *Le Compte, Van Leuven et de Megere v. Belgique*²⁰⁶, la Corte ha osservato che « *des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnelles ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects prescriptions* » dell'art. 6 paragrafo 1.

Dunque, si ritiene che, ricorrendo ragioni « *de souplesse et d'efficacité* » sia consentita, almeno in parte, la non applicazione dell'art. 6 in un procedimento o in una fase del procedimento (a nulla rilevando che nell'ordinamento del foro lo stesso sia qualificato come giurisdizionale ovvero amministrativo) sempre che esista una istanza ulteriore alla quale l'art. 6 si applichi integralmente. Ebbene, è proprio la linea interpretativa sopra enucleata che potrebbe assurgere a causa ostativa per l'applicazione delle garanzie in esame all'ordinamento giuridico italiano, essendo consentita in quest'ultimo, infatti, la tutela giurisdizionale degli interessati a fronte degli atti della pubblica amministrazione innanzi agli organi di giustizia amministrativa, i quali configurano un Giudice, *sostanzialmente*, dotato di tutte le caratteristiche descritte dall'art. 6 richiamato.

A mio avviso, tuttavia, sono proprio le modifiche introdotte dalla Legge n. 15/2005 sul procedimento amministrativo²⁰⁷ che giustificano il richiamo

²⁰⁶ Cfr. *supra* nota 190.

²⁰⁷ Cfr. *amplius* Capitolo I.

all'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e ne fanno un itinerario nuovo, degno di essere indagato. Le specifiche previsioni della Legge 15/05 rendono la partecipazione dell'interessato un momento eventuale, facendo sì che, a determinate condizioni, il punto di vista del destinatario (sempre che, naturalmente, questi possa economicamente permettersi il costo di un processo) trovi ingresso soltanto nella sede processuale.

Ciò avviene, tuttavia, allorché l'atto che incide sui suoi interessi è già adottato ed è pienamente efficace. Senonché, il giudice amministrativo, nell'ordinamento italiano, è chiamato ad appuntare il proprio sindacato sulla sola legittimità dell'atto, e non già sull'opportunità dello stesso, e in generale sui contenuti di merito che esso presenta. Ma si tratta – si ripete - di un sindacato di legittimità che, secondo la logica della legge n. 15/2005, non necessariamente è destinato ad incentrarsi su un atto formato in precedenza e che, per tali ragioni, presenti determinate (ed immutabili) motivazioni che garantiscono l'imparzialità e la trasparenza nell'esercizio del pubblico potere amministrativo.

Ricorre, piuttosto, un atto che, in ipotesi, non è affatto escluso si formi all'interno del processo, attraverso – peraltro - meccanismi che non garantiscono pienamente il destinatario da possibili arbitri ed abusi. E comunque, con certezza, non lo garantiscono con immediatezza e celerità, laddove si consideri che la dinamica processuale indotta dalla Legge n. 15/2005 rende possibile che l'interessato venga a conoscenza delle reali ragioni che sostengono l'atto amministrativo e della legittimità ovvero

illegittimità delle stesse, soltanto ad anni di distanza dall'inizio del processo²⁰⁸.

In questo caso, come è agevolmente intuibile, la sede processuale non rappresenta più un luogo di garanzie adeguate che consentano di ritenere non applicabile, anche ai procedimenti amministrativi, le garanzie enucleate nell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

In altri termini, la questione della utilizzabilità dell'art. 6 della Convenzione, anche in relazione ai procedimenti amministrativi, è problematica che non può risolversi in astratto sancendone, in assoluto, l'applicabilità o meno a detti procedimenti. La stessa si presenta immediatamente connessa, infatti, anche al sistema processuale presente in un dato ordinamento che garantisca il destinatario da possibili abusi nell'esercizio di poteri pubblici amministrativi. Si ritiene, in conseguenza, che, se la questione dell'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione nell'ordinamento italiano si è posta fino ad oggi solo con riguardo al processo in senso stretto ed in senso proprio, e più marginalmente a proposito dei procedimenti amministrativi, ciò è avvenuto alla luce di un bilanciamento complessivo che la Legge 241/1990, attraverso l'istituzionalizzazione della partecipazione procedimentale, aveva consentito.

Il sistema processuale amministrativo italiano, in quella prospettiva, poteva essere mantenuto nella conformazione originaria e confinato ad una funzione sindacatoria della legittimità dell'atto amministrativo, in quanto l'atto risultava, in ogni caso, da un confronto paritario svoltosi tra cittadino e pubblica amministrazione nel medio del procedimento.

²⁰⁸ Sul punto si rimanda a quanto detto supra in Cap. I, par. 3.3.

Viceversa, l'aver reso puramente eventuale la partecipazione dell'interessato nel quadro procedimentale significa determinare uno squilibrio, in un senso non accettabile democraticamente, della relazione tra cittadino e pubblica amministrazione, procedendo ad una confusione tra due momenti diversi ancorché intimamente legati fra loro: quello del procedimento e quello del processo. Il quale ultimo, tuttavia, essendo strutturato - diversamente dal processo civile - come controllo di mera legittimità di un atto che non consente, per ciò stesso, al giudice amministrativo una valutazione di merito, rischia, pericolosamente, di aprire a possibili arbitrii della pubblica amministrazione e, sicuramente, di allontanare il destinatario dai luoghi della decisione.

Un ulteriore aspetto significativo va tenuto presente.

Il criterio del cosiddetto *riconoscimento successivo* delle garanzie processuali, al fine di limitare l'applicabilità, sia pure parziale, dell'art. 6 alle fasi preliminari o comunque anteriori di un procedimento considerato unitario - nella misura in cui tale norma dovrà applicarsi integralmente in una istanza ulteriore - può, quando non ricorrano i motivi "*de souplesse et d'efficacité*", interpretarsi ed applicarsi anche in un senso rovesciato ed estensivo, ritenendo al contrario che, almeno in parte, l'art. 6 si applichi alle fasi preliminari oppure anteriori (e non necessariamente giurisdizionali) di un procedimento considerato come unitario. In altri termini, dalla stessa giurisprudenza della Corte è ricavabile un più generale principio per il quale l'art. 6 si applica, comunque, quando il ricorso all'istanza ulteriore non sia possibile o non sia avvenuto "*dans un délai raisonnable*" o tale istanza non

sia competente a giudicare “*en droit et en fait*”²⁰⁹ o “*si est dans la mesure où inobservation initiale [des garanties procédurales] risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès*”²¹⁰.

Un esame accurato della giurisprudenza della Corte di Strasburgo consente, allora, di svolgere due osservazioni. In primo luogo, si rileva una sicura tendenza ad estendere le garanzie di cui all’art. 6 della CEDU anche ai procedimenti amministrativi, dovendo, anche all’interno di questi ultimi, il destinatario di un provvedimento che incide sulla sua sfera giuridica, avere (tra l’altro) la possibilità di contraddire, esplicitando il proprio punto di vista. Il che, se nell’immediato e nelle motivazioni soggettive di chi contraddice, svolge precipuamente un ruolo di difesa, non di meno orienta il pubblico potere verso l’effettivo conseguimento del pubblico interesse²¹¹.

In secondo luogo, anche la tendenza che vuole limitata l’applicazione dell’art. 6 alla sola sede processuale, va letta nel senso che le garanzie del giusto procedimento sono comunque imprescindibili laddove (e senza che a ciò osti il principio del cosiddetto riconoscimento successivo) l’inosservanza iniziale delle stesse – e cioè nei procedimenti amministrativi – rischi di compromettere gravemente la posizione del destinatario. Grave compromissione, a parere di chi scrive, non solo normalmente riconnessa

²⁰⁹ Cfr. caso Lars Brammelid et Anne – Marie Malmström, sent 12 ottobre 1982 ; in tal senso cfr., pure, l’opinione separata del Commissario Trechsel, nel caso Leo Zand v. Austria, in *European Commission of Human Rights: Decisions and reports*, vol 15, pp. 85 – 86 .

²¹⁰ Cfr. Caso Wiliam Mialhe v. France, sent. 6 aprile 1994.

²¹¹ Lo scopo dei diritti di difesa è stato evidenziato dalla Commissione nel rapporto del 12 luglio 1984 circa il caso Elvan Can v. Austria, precisando che l’art. 6 paragrafo 3 lettera b. garantisce “*the opportunity to organize his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence argument the trial court thus to influence the outcome of the proceedings. The provision is violated only when this made impossible*”. Analogamente, cfr. Sentt. 21 marzo 2000 , caso Dulaurans v/ France e 6 giugno 2000 nel caso Morel V/France.

alle conseguenze che un provvedimento amministrativo dispiega nella sfera soggettiva del destinatario, ma anche alla stessa situazione per cui saranno solo anni di processo a convincere, eventualmente, della legittimità dell'azione amministrativa.

CAPITOLO III

PROCESSO COSTITUENTE, DIRITTI FONDAMENTALI E BUONA AMMINISTRAZIONE: QUESTIONI DI LEGITTIMAZIONE

1. *PREMESSE*

La rinnovata geometria dei rapporti intercorrenti tra detentori e destinatari dell'esercizio della funzione amministrativa, proposta nel Capitolo I, paragrafo 3.1, va adesso discussa alla luce dell'emersione, nello spazio giuridico europeo, del diritto *fondamentale* di *ogni persona* ad una buona amministrazione, inserendola in un più generale quadro di riferimento.

Nell'affermazione di tale *nuovo diritto fondamentale*²¹² – già parte della Carta di Nizza²¹³ e, oggi, del Trattato che adotta una Costituzione

²¹² In dottrina, cfr. sul punto R. Bifulco, *La buona amministrazione diventa fondamentale*, in *Guda dir.*, 2001, n.47, p.117; M. P. Chiti, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, p.1. Ma mi pare estremamente significativa la posizione del Mediatore Europeo, sulla base della cui insistenza il diritto in questione è stato inserito nella Carta, allorché afferma: “*To include this right in the Charter could have a broad impact on all existing and future Member States, helping to make 21st century the “century of good administration”*”. Le parole del Mediatore Europeo fanno parte del discorso da questi pronunciato in sede di audizione innanzi alla Convenzione in data 2 febbraio 2000 a Bruxelles, *Public Hearing on the draft Charter of fundamental rights of the European Union*, reperibile in via telematica all'indirizzo www.euro-ombudsman.eu.it/speeches/en/charter1.htm

²¹³ La Carta di Nizza è stata pubblicata in GUCE, serie C 634/2000, ed è stata sottoscritta e proclamata congiuntamente in occasione del Consiglio Europeo, di Nizza appunto, del 7 dicembre 2000, da parte dei Presidenti del Parlamento Europeo, della Commissione e del Consiglio. L'art. 41 della Carta, rubricato appunto *Diritto ad una buona amministrazione*, stabilisce che “*Ogni individuo ha diritto affinché le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo entro un termine ragionevole dalle Istituzioni e dagli Organi dell'Unione. Tale diritto comprende in particolare: - il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio;- il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; l'obbligo di motivare le proprie decisioni. – Ogni individuo può rivolgersi alle Istituzioni dell'Unione in una delle lingue del Trattato deve ricevere una risposta nella stessa lingua*”.

Europea²¹⁴ - va infatti colto un sicuro punto di svolta rispetto all'insoddisfazione, già in precedenza manifestata, verso riforme del diritto interno che segnano il ripristino di una immagine autoreferenziale dell'Amministrazione e che risolvono la partecipazione del destinatario a momento puramente eventuale piuttosto che, come si ritiene debba essere, a condizione di legittimazione dell'esercizio del potere stesso. Al riconoscimento della natura di diritto fondamentale ad uno standard minimo del diritto amministrativo moderno²¹⁵, del resto, si ricollegano immediatamente due osservazioni.

Per un verso, ben può dirsi che la sua codificazione costituiva, oramai, una tappa non più procrastinabile, atteso il progressivo ampliamento delle funzioni svolte dalle Istituzioni Comunitarie anche e soprattutto nel campo dell'amministrazione attiva, destinate ad incidere non solo sulla sovranità degli Stati membri ma anche sui relativi cittadini.

²¹⁴ Il Testo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è stato pubblicato in GUCE del 16 dicembre 2004, C 310/18IT, ed è reperibile al sito web www.europa.eu.int/eur-lex. La Carta di Nizza è stata completamente incorporata nel Trattato, la cui entrata in vigore era prevista per il 1 gennaio 2006. In particolare, quanto all'art. 41 della Carta di Nizza, il relativo testo è stato riprodotto integralmente nell'attuale art. II- 101 della Costituzione Europea, con la sola importante modificazione riguardante la titolarità attiva del diritto, la quale non è più riconosciuta all'*individuo*, ma alla *persona*, confermandosi, dunque, che lo stesso sia in titolarità tanto delle persone fisiche – cittadini comunitari e stranieri – quanto alle persone giuridiche.

Il percorso costituente, come è noto, ha subito un arresto per effetto dell'esito negativo delle consultazioni referendarie svoltesi in Francia (29 maggio 2005) ed in Olanda (2 giugno 2005). Per un esame ragionato delle conseguenze di siffatto esito, si rinvia a J. Ziller, *La ratification des traités Européens après des référendum négatifs: que nous disent les précédents danois et irlandais?*, in Riv. It. Dir. Pub. Com., 2005, 2, pp.364 – 376.

²¹⁵ In tal senso, cfr. Diana-Urania Galletta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in Riv. Italiana Dir. Pubbl. Comunitario, (3-4), 2005, pp.823. Si ricorderà che, per quanto riguarda le analoghe prerogative introdotte nell'ordinamento italiano dalla L. 241/90, si parlò, in maniera non troppo dissimile, di *statuto di cittadinanza amministrativa*, cfr. *supra* nota 67.

Per altro, l'emersione di tale *nuovo diritto* dimostra una confluenza, non sempre accettata e scoperta, della giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'Uomo anche nella sfera comunitaria. Anzi, quanto a tale ultimo punto, sembra che si sia arrivati ad una svolta importante per definire la questione, sempre molto problematica, dei rapporti intercorrenti tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di Giustizia dell'Unione Europea²¹⁶: segno non equivoco del fatto che la tutela dei diritti fondamentali costituisce un *“principio fondatore dell'Unione Europea [...] presupposto indispensabile della sua legittimità”*²¹⁷.

Ma perché interrogarsi oggi su un documento – la Carta di Nizza – bensì dotato di grande valore politico, ma privo di ogni efficacia giuridica? Una seria discussione in ordine alla tematica della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, ed in particolare, sul diritto ad una buona amministrazione comunitaria, mi pare imporsi – oggi, appunto - con maggiore intensità se si considera la bocciatura che la Costituzione Europea ha registrato nelle consultazioni referendarie svoltesi in Francia ed Olanda, rispettivamente nel maggio e nel giugno 2005. Ed è appunto rispetto a tali ultimi eventi che vorrei svolgere una riflessione propedeutica allo sviluppo ulteriore del ragionamento.

²¹⁶ Sul tema, cfr. per tutti, G. De Muro, *I rapporti tra Corte di Giustizia delle Comunità Europee e Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, - Atti del Seminario tenutosi a Copanello (CZ) il 31 maggio – 1 giugno 2002, a cura di P. Falzea, A. Spadaio, L. Ventura, Torino, 2003, p. 39 e ss. nonché F. Tukelsen, *L'Union européenne devant la Cour Européenne de droits de l'homme*, in *Rev. Univ. Droits de l'homme*, n.1-2/2000, p.50 e ss.

²¹⁷ Dichiarazione del Consiglio d'Europa del giugno 1999.

2. DIRITTI FONDAMENTALI E PROCESSO COSTITUENTE EUROPEO: I REFERENDUM DI FRANCIA ED OLANDA

Personalmente, sarei portato a dare dei risultati referendari di Francia ed Olanda, apparentemente nefasti per le sorti politiche dell'Unione²¹⁸, una possibile spiegazione che trova fondamento nelle posizioni incerte che le Istituzioni Comunitarie, così come gli Stati Nazionali, hanno preferito mantenere (anche) in relazione alla questione della tutela dei diritti fondamentali nel periodo che va dalla proclamazione della Carta di Nizza alla firma²¹⁹ del Trattato che adotta una Costituzione Europea. Incertezza, dunque, che ha riguardato proprio quella che il Consiglio d'Europa ha considerato, come sopra sottolineato, la condizione ed il presupposto di legittimità dell'Unione Europea.

C'è da chiedersi, più in particolare, se nel risultato negativo della consultazione referendaria e, dunque, nel momentaneo arresto del processo di integrazione politico - costituzionale dell'Unione, sia da rinvenirsi esclusivamente la conferma delle tesi euroscettiche secondo cui non si dà una Costituzione Europea senza un popolo europeo oppure se, parallelamente, un tale evento non possa dirsi spiegabile, almeno parzialmente, anche in funzione alla decisione²²⁰ - questa sì infausta - di confinare il valore della Carta di Nizza, del cosiddetto *bill of rights* comunitario, nell'alveo del (solo) politicamente rilevante. Si tratta di capire, in altri termini, se il riconoscimento alla Carta di Nizza di valore

²¹⁸ In un senso diverso, cfr. G. Tesauro, in *Il sole 24 ore* del 05 luglio 2005, sul presupposto, fattualmente innegabile, che la storia dell'integrazione è sempre stata connotata da progressioni ed arresti.

²¹⁹ Avvenuta a Roma, il 29 ottobre 2004.

²²⁰ Cfr. *infra*

giuridicamente vincolante avrebbe permesso di saldare – *medio tempore* - il deficit di democraticità delle istituzioni comunitarie, e, in base ad una logica gradualistica, contribuito a formare almeno un sostrato di identità europea dei popoli europei.

La visibilità non solo politica, ma anche giuridica²²¹, di una Carta dei diritti fondamentali in ambito comunitario, prima e al di là della Costituzione Europea (*rectius*, di un Trattato che adotta la Costituzione Europea), avrebbe forse potuto meglio preparare i cittadini europei alla Costituzione stessa. Cinque anni circa di *esperienza* di diritti fondamentali *europei* – cioè il tempo intercorso tra la proclamazione della Carta di Nizza ed i referendum francesi e olandesi – sarebbero stati forse, anzi sicuramente, pochi per creare un'identità europea, ma probabilmente avrebbero contribuito ad una diminuzione del deficit di democraticità delle Istituzioni, ormai cronicamente avvertito come intollerabile agli occhi degli Europei. E ciò vale, mi sembra, ancor di più per i diritti procedurali amministrativi, se è vero che gli stessi nascono a fronte di attività delle Istituzioni che non riguardano il piano normativo²²² ma quello, per così dire, esecutivo che direttamente incide sulla sfera soggettiva dei cittadini. Del resto, in occasione della presentazione del testo della Costituzione Europea, si ricorderà che fu proprio Giscard d'Estaing a dichiarare con orgoglio che *“fra tutti gli uomini e le donne del mondo sono i cittadini europei quelli che hanno i diritti più ampi”*²²³.

²²¹ Con la conseguente possibilità di invocarne l'applicazione anche innanzi agli organi giurisdizionali.

²²² Rispetto al quale, se un detrimento della sovranità nazionale è configurabile, è sicuramente meno percepito dalle collettività nazionali.

²²³ Cfr. citazione tratta da J. Rifkin, *Il sogno europeo*, 2004, spec. pp. 216.

Per un verso, dunque, i diritti fondamentali contenuti nella Carta di Nizza sono il “*cuore e l’anima*”²²⁴ della Costituzione europea, facendo dell’Europa l’area più all’avanguardia quanto al loro riconoscimento – qualitativo e quantitativo - e alla loro tutela.

Per altro, l’opzione gradualistica – che stavolta avrebbe dovuto concretarsi nell’accordare valore giuridico alla Carta – si presenta come una costante nel processo di integrazione comunitaria.

Ma sono appunto queste due coordinate che - se lette alla luce del dibattito che ha preceduto l’obiettivo della unificazione politica dell’Europa - rendevano impellente il riconoscimento dell’efficacia giuridica della Carta ed oggi, sicuramente, impongono di non rinviare tale questione ad una nuova verifica sulla Costituzione. È possibile, infatti, ritenere che, ai fini della formazione e della stessa affermazione dell’identità europea, sia sufficiente presentare agli Europei l’unificazione politica dei Paesi in orbita Euro come il rimedio – necessitato – alla globalizzazione economica?

Certo, l’intima connessione tra globalizzazione ed integrazione appare un fatto innegabile: “*l’integrazione europea è al contempo, una reazione al processo di globalizzazione e la sua espansione più avanzata*”²²⁵, così come è innegabile che le fasi del processo di integrazione abbiano sempre corrisposto all’esigenza di difesa degli Stati membri rispetto a fenomeni da questi percepiti come minacce alla loro stessa sopravvivenza. È interessante notare, credo, che per il conseguimento di queste fasi (politiche) successive “*i mezzi [predisposti] furono essenzialmente economici*”²²⁶.

²²⁴ *Ivi*, p.216.

²²⁵ M. Castells, *Volgere di millennio*, Milano, 2003, 383.

²²⁶ *Ivi*, p.383

Nell'immediato dopoguerra, la creazione di un mercato comune del carbone e dell'acciaio, seguito poi dalla coordinazione delle politiche nazionali nel settore dell'energia nucleare (con il trattato Euratom) e dalla creazione di un mercato comune di libero scambio di beni ed investimenti (con il trattato CEE), aveva rappresentato la risposta – economica – all'obiettivo politico di evitare nuove guerre nel dilaniato vecchio continente, soprattutto realizzando un mutuo coinvolgimento, politico ed economico, di Francia e Germania.

L'atto unico europeo del 1987, a sua volta, si configura come la risposta al rischio, avvertito dagli Stati membri, di rimanere soggiogati allo strapotere di Stati Uniti e Giappone conseguito attraverso l'incessante espansione tecnologica. Fu allora necessario porre le basi *“per la costruzione di un mercato realmente unificato nel 1992. Le misure economiche furono associate alle politiche tecnologiche, in coordinamento con il programma europeo Eureka, creato su iniziativa del governo francese al fine di controbilanciare lo strapotere tecnologico americano simboleggiato all'epoca del programma “Guerre Stellari”*²²⁷.

Ancora, il trattato di Maastricht del 1992 appare come la risposta alla necessità di rinsaldare, nuovamente e più decisamente, il legame politico-economico tra Europa e Bonn, specie dopo la caduta del muro di Berlino, la riunificazione delle due Germanie, la fine della guerra fredda. In questo caso, come in precedenza, l'obiettivo politico fu raggiunto, prevalentemente, con mezzi economici, e cioè attraverso la decisione degli

²²⁷ *Ivi*, p. 377

Stati Membri di dotarsi, a partire dal 1 gennaio 1999, di una moneta unica e di un Istituto Monetario Europeo²²⁸.

Il processo di integrazione europea si presenta, dunque, indissolubilmente connesso alle preoccupazioni (politiche) degli Stati membri di preservare la propria esistenza e la propria *competitività* politico-economica: preoccupazione che, oggi, appare ancor più percepibile alla luce dei processi di globalizzazione. Se assumiamo²²⁹, infatti, come caratteri più visibili della globalizzazione, la globalizzazione del capitale e delle condizioni della sua circolazione, la globalizzazione della tecnologia dell'informazione, la globalizzazione e l'interdipendenza dei nuovi mezzi di comunicazione, l'affermazione e la crescita dell'economia criminale globale, sarà, di certo, agevole scorgervi il fattore causativo di molte delle tappe più recenti della integrazione politica europea e, contestualmente, degli stessi modi in cui l'unificazione ne è uscita plasmata.

Sono appunto tali nuove ragioni (minacce?) della espansione globale dell'economia e dei multiformi aspetti che vi sono riconnessi, che hanno suscitato in Europa la reazione degli Stati Membri: reazione materializzatasi, come è noto, nel progressivo, incessante, conferimento alle Istituzioni Comunitarie di poteri sempre maggiori. Alle radici della più recente accelerazione dei processi di integrazione politica dell'Europa si pongono, dunque, i paralleli processi della globalizzazione.

Ed è appunto la necessità di fronteggiare tale minaccia che gli Stati Membri richiamano all'attenzione dell'opinione pubblica nazionale come

²²⁸ Su questi aspetti, cfr. diffusamente J. Rifkin, *Il sogno europeo*, *op. cit.*; nonché M. Castells, *Volgere di Millennio*, *op. cit.*

²²⁹ cfr. diffusamente, M. Castells, *Volgere di Millennio*, *op.cit.*

giustificazione del conferimento, sempre crescente, di poteri e funzioni in capo alle Istituzioni dell'Unione Europea. Sennonché, l'insistenza manifestata dai Governi Nazionali sulla necessità di integrarsi ulteriormente per fronteggiare le dinamiche della globalizzazione costituisce, mi pare, un argomento valido solo per giustificare un livello inter-governativo del *decision making* e del *policy making*, per di più ispirato ai criteri della cd. geometria variabile, che consente, come è noto, una costruzione europea senza conflittualità dei *partners* che contano²³⁰.

Nel contempo, tuttavia, si tratta di argomentazione che, già in primissima battuta, sembra fare poca presa allorché la misura prescelta coincida con una crisi dei livelli occupazionali, con l'incapacità di creare nuovi posti di lavoro ovvero con un detrimento dello stesso stato sociale: fenomeni che hanno segnato nell'ultimo quindicennio la vita degli europei.

Nel criticare la posizione di Siendetop²³¹, esplicita nel rimarcare la bontà della soluzione – tradizionalmente cara al Governo Britannico - della geometria variabile, Habermas²³² chiarisce che la globalizzazione economica debba costituire l'occasione di una reazione europea che assuma i tratti non solo della difesa, ma propriamente dell'attacco (riformista?)²³³.

In tale prospettiva, si spiega che la vera questione è oggi “*conservare, in formato diverso, le grandi conquiste dello stato nazionale europeo superandone i confini. Nuova è solamente l'entità che nascerà per questa via. Ciò che dobbiamo conservare sono quelle condizioni materiali di vita,*

²³⁰ Sulla cd. geometria variabile, cfr. per tutti M. Telò, *Dallo Stato all'Europa*, Roma, 2004.

²³¹ L. Siendetop, *Democracy in Europe*, Allen Lane, London 2000

²³² J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in *Tempo di passaggi*, trad. it. a cura di Leonardo Ceppa, Milano, 2004, pp. 57 – 80.

²³³ *Ivi*, p. 59

opportunità culturali e ricreative, forme sociali di progettazione dell'esistenza, che ci consentono di dare all'autonomia privata il suo concreto valore d'uso e di rendere in tal modo possibile la partecipazione democratica"²³⁴.

La necessità di un atto politico costituente viene così riconnessa al mantenimento di una specificità tutta europea, ad un modello di vita e di *welfare state* che l'integrazione (economica) aveva consentito, ma che oggi impone la *conversione* degli stessi motivi economici nell'idea della *conservazione* di una *specificità cultura* e di una *peculiare* forma di vita. Nella prospettiva habermasiana, dunque, ed in genere di quanti si schierano a favore di una Federazione degli Stati Europei²³⁵, si percepisce la fiducia verso la Costituzione di un'Europa Federale – di uno Stato degli Stati ovvero di uno Stato post-nazionale – come un modello in grado di far fronte alle sfide della globalizzazione, garantendo il mantenimento dello standard *europeo* di benessere sociale e *welfare* attraverso l'elaborazioni di politiche altrettanto specifiche, interne ed estere, idonee a controbilanciare gli effetti destabilizzanti della globalizzazione.

La globalizzazione dei mercati, dal punto di vista di Habermas, non è fatto spontaneo, ma è il risultato della decisione degli Stati che ne hanno creato l'infrastruttura, anche normativa, funzionale all'emersione. Quanto è stato creato, dunque, non potrebbe non essere regolato e controbilanciato.

Ma affinché ciò avvenga, non è sufficiente l'azione solitaria del singolo Stato sovrano, essendo viceversa indefettibile un potere politico forte che lo

²³⁴ *Ivi*, p. 58

²³⁵ Cfr. pure M. Telò, *op. cit.*; J. Derrida e J. Habermas, *Il 15 febbraio, ovvero: ciò che unisce gli Europei*, in *L'occidente diviso, op. cit.*, pp.19 – 30; J. Rifkin, *op. cit.*

stesso Habermas riconosce ad un'Europa federale, capace di far sentire, unitariamente, la propria voce unitaria. Al riguardo, si afferma significativamente che *“nella misura in cui gli europei intendono bilanciare le conseguenze sociali indesiderate delle crescenti disuguaglianze distributive, intervenendo a favore di una certa qual regolazione dell'economia mondiale, essi devono anche avere interesse all'esistenza di una potenza politica in grado di dare forma a tale intervento, una potenza il cui ruolo, nell'ambito dei global players, potrebbe essere assunto da un'Unione Europea dotata di strumenti politici adeguati”*²³⁶.

Con la prospettiva descritta, dunque, coloro che si pongono nella scia di Jean Monnet, come del resto di Adenauer o De Gasperi, sono pervenuti ad individuare l'ulteriore *“mezzo economico”* attraverso cui raggiungere l'ulteriore *“obiettivo politico”* dell'unificazione piena dell'Europa.

Ma è apparso subito evidente che a tale traguardo politico sarebbe corrisposta se non la scomparsa della sovranità statale, sicuramente una sua ulteriore – forse irreversibile – erosione. Stavolta, in altri termini, il mezzo economico non poteva dirsi sufficiente per giustificare una Costituzione Europea, e cioè un atto politico destinato a superare una gestione inter-governativa degli affari e della stessa vita comunitaria: *“se senso e significato rimangono legati all'identità, e se l'identità rimane esclusivamente nazionale, regionale o locale, l'integrazione europea potrebbe non evolversi oltre il mercato unico, una delle tante zone di libero*

²³⁶ J. Habermas, *Perché l'Europa...*, op. cit., p. 65.

*scambio sorte in varie aree del mondo. Perché l'unificazione europea, in una prospettiva di lungo periodo, richiede un'identità europea*²³⁷.

È a questo punto, tuttavia, che emerge il problema – reale – della fondatezza o meno della *no demos thesis*²³⁸, nonché della possibilità che l'*identità europea* si formi attorno a discorsi, condizioni e presupposti diversi dalla identità etnica, culturale e linguistica, e, ancora, della stessa possibilità che l'atto politico costituente integri un *prius*, piuttosto che un *posterius*, rispetto alla formazione di un popolo europeo ovvero di un'identità europea. Nel criticare la posizione di Grimm²³⁹, lo stesso Habermas appare convinto del fatto che la formazione dell'identità collettiva europea non deve necessariamente precedere il processo costituente. È lo stesso atto politico costituente che può fondare la formazione di un'identità europea. In tal senso, l'affermazione dell'idea della *nazione di cittadini* piuttosto che di

²³⁷ M. Castells, *Volgere di Millennio*, op. cit., p. 400.

²³⁸ Secondo la quale, come detto, non si dà una Costituzione Europea se non esiste, prima, un popolo europeo. Sul problema del rapporto tra sovranità popolare e processo costituente, cfr. M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 2004 II edizione.

²³⁹ cfr. J. Habermas, *Una costituzione per l'Europa? Commento a Dieter Grimm*, in *L'inclusione dell'altro*, Milano, 2002, II ed., p. 167. Per una posizione assolutamente analoga a quella di Habermas, cfr. L. Ferrajoli, *Costituzioni e popoli nel processo costituente europeo*, in *Processo Costituente e diritti fondamentali*, a cura di A. Celotto, spec. pp. 211 a 215. Dieter Grimm – le cui posizioni, come ci ricorda Habermas, sono esplicitate in *Does Europe need a Constitution?*, in *“European Law Journal”*, n. 1, 1995, pp. 303-307 e D. Grimm, *Una costituzione per l'Europa*, trad. it di F. Fiore, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di, G. Zagrebelsky, P.P. Portinaio, J. Luther, Torino, 1996, pp. 369 – individua i presupposti della democrazia come generati dalla volontà di una società civile che intenda costituirsi in unità politica, la quale ultima a sua volta postula l'identità collettiva. Con ciò, lo stesso Grimm prende le distanze dalla prospettiva della previa necessità della cd. *Volknation*, la quale implica per l'appunto la sussistenza di una certa omogeneità di popolo per avviarsi un processo costituente. Quest'ultima, come è noto, è nozione che, riecheggiante le teorie Schmittiane – C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984 e Id., *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981 - avevano trovato una implicita conferma nella decisione della Corte Costituzionale tedesca resa il 12 ottobre 1993, in applicazione del principio di *Supervisionsinstanz* ed in occasione dell'adesione tedesca al Trattato di Maastricht. Nel senso che le obiezioni di D. Grimm siano ragionevolmente sensate, cfr. F. Riccobono, *Legittimazione attraverso diritti umani?*, in *Sviluppo dei diritti dell'Uomo e protezione giuridica*, op. cit., pag. 91 – 100.

nazione di popolo – è nella distanza tra i due concetti che, secondo Habermas, va individuata la conquista dello Stato Nazionale democratico – dimostra che democrazia e stato nazionale “*sono andati di pari passo*”²⁴⁰ e che nulla autorizzerebbe a pensare che la formazione della nazione di cittadini, e men che mai della nazione di popolo, sia previa rispetto alla *res publica*.

Anzi, appunto le forme e le procedure dello Stato Costituzionale democratico *consentirebbero* un legame sociale, un livello di coesione sociale da intendersi come “*solidarietà tra estranei relativamente astratta e comunque giuridicamente mediata*”, destinata a realizzarsi attraverso un *contesto di comunicazione coinvolgente in sé la socializzazione della politica*²⁴¹.

Supponiamo allora che Habermas abbia ragione.

E di tale prospettiva, in particolare, assumiamo come meritevoli di seguito due punti essenziali: a) l’identità europea che fonda il buon esito di un processo costituente non è legata all’omogeneità etnico – linguistica del popolo; b) la formazione dell’identità europea *non è necessariamente* un *prius* rispetto all’adozione dell’atto politico costituzionale.

È tale ultima notazione su cui bisogna focalizzare l’attenzione per lo sviluppo ulteriore.

Affermare che un’identità politica europea sia passibile di creazione a partire da una Costituzione Europea, significa forse che ad un tale atto si possa, *automaticamente*, assegnare una funzione costitutiva di un progetto

²⁴⁰ J. Habermas, *Perché l’Europa ha bisogno di una costituzione*, op. cit., p. 70.

²⁴¹ Id., *Una costituzione per l’Europa*, op. cit. 171.

identitario? A me pare che tale convincimento non sarebbe troppo lontano dal riconoscere ad una Costituzione Europea la natura di ennesima creazione tecnocratica imposta agli europei.

Anzi, se non si cade in errore, è proprio nelle maglie dei due testi oggetto di indagine che mi pare possa inferirsi la conferma dell'osservazione appena esposta. In *Una Costituzione per l'Europa*, Habermas riconosce che “*le nuove istituzioni politiche create da una costituzione europea possono avere un effetto **inducente** Nulla sembra impedirci la **produzione** di questo (politicamente indispensabile) contesto comunicativo, una volta che esso sia **costituzionalmente avviato**”²⁴².*

Ancora, in *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, la posizione dell'Autore diventa più scoperta laddove si evidenzia che i processi di formazione identitaria “*possono venire **accelerati, e orientati** al loro punto di convergenza, da una Costituzione che produca effetti catalizzanti [...]. Il processo costituente è, in sé stesso, uno strumento assai efficace per una comunicazione oltrepasante le frontiere nazionali[...]. Una Costituzione Europea non solo renderebbe manifesto lo spostamento di potere finora realizzatosi in silenzio, ma anche favorirebbe il formarsi di nuove costellazioni di potere*”²⁴³.

L'*accelerata* degli eurofederalisti verso la Costituzione, dunque, non appare impeccabile in tutte le premesse e gli svolgimenti teoretici. Del resto, lo sviluppo ulteriore delle vicende europee pone esso stesso un indeclinabile interrogativo. Come leggere la bocciatura referendaria incassata dal Trattato

²⁴² J. Habermas, *Una Costituzione per l'Europa*, op. cit. p. 173, grassetto aggiunto.

²⁴³ J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, p. 70, grassetto aggiunto.

che adotta la Costituzione Europea in Francia ed Olanda? Dovremmo pensare, forse, che siffatto risultato corrisponda ad un rigurgito di nazionalismo e cioè alla conferma di una visione euroscettica radicale che presuppone la esistenza di un *Volk* per utilmente portare a termine un processo costituente?

In realtà, si è dell'opinione che un atto politico costituente possa assurgere a *strumento* catalizzatore ed inducente di alcune *soltanto* delle condizioni empiriche necessarie per formare una identità europea. Pur ammettendo che un processo costituente non postula un popolo, è, in ogni caso, indispensabile che lo stesso si avvii almeno a seguito della concreta sperimentazione di valori condivisi che integrino quella che Castells definisce, piuttosto che identità comune, *identità progettuale*²⁴⁴.

Si tratta, in altri termini, della concreta sperimentazione a livello sopranazionale – da distinguersi rispetto ad una mera sommatoria di sperimentazioni nazionali – di talune condizioni funzionali costituenti il sostrato (necessario) per la creazione di un'identità collettiva europea che possa, politicamente, *volere* l'integrazione. Non tutte le condizioni possono nascere con e da una Costituzione: l'atto politico costituente, cioè, se non vuole risolversi in uno strumento tecnocratico che si impone dall'alto, deve pur essere, in qualche modo, voluto da chi – pur non rappresentando un omogeneità linguistica, etnica e culturale – si riconosca in alcune delle voci di una possibile identità progettuale.

²⁴⁴ M. Castells, *op. cit.*, p. 401.

Ma è solo attraverso la sperimentazione *concreta* di tali indici identitari che è poi possibile ritenere strutturabile un'identità europea che effettivamente voglia una piena integrazione politica.

Le vicende che hanno riguardato il processo costituente europeo, ritengo abbiano chiarito come sia ben difficile che si approvi una Costituzione, di là dalla previa formazione di un'identità europea, almeno nel suo stato embrionale, e che tale stato embrionale, a sua volta, in tanto si presta ad una conversione in identità collettiva in quanto si incarni e viva nel concreto svolgersi della dinamica socio – istituzionale di livello comunitario. L'opzione che precede mi pare rispettosa della storia dell'integrazione europea. Questa, come si è visto, si caratterizza per la sua costruzione graduale, per la strategia dei piccoli passi da cui è stata, sin dall'inizio, ispirata e che, già prospetticamente, aveva indotto ad individuarne il risultato nel fatto che *“un giorno i governi nazionali si sarebbero svegliati scoprendo di essere integrati in una rete diffusa di attività ed istituzioni internazionali da cui sarebbe stato quasi impossibile districarsi”*²⁴⁵.

3. LA CULTURA DEI DIRITTI FONDAMENTALI COME INDICE DELLA IDENTITÀ EUROPEA?

Rimane però da chiedersi se esistano e in che modo e misura siano sperimentabili alcune condizioni funzionali alla formazione identitaria, prima di una Costituzione Europea.

²⁴⁵ Stephen Gorge, *Politics and Policy in the European Community*, Oxford, Clarendon, 1985, p.20 citato da J. Rifkin, op. cit., p. 207. Analogamente, J. Monnet aveva ben presente la necessità che il processo di integrazione politica, al fine di evitare battute d'arresto, avrebbe dovuto svolgersi sempre per gradi e senza accelerate. L'integrazione doveva apparire agli occhi degli Stati Membri sempre un'opportunità e non una minaccia per la relativa sovranità.

Gli elementi che concretamente emergono dal discorso e dalla pratica degli attori sociali sono costituiti dalla libertà, dall'eguaglianza, dalla difesa del *welfare*, dalla solidarietà sociale, dall'attenzione all'universalità dei diritti umani²⁴⁶.

Senonché, effettivamente, alcune di tali condizioni – ad esempio difesa del *welfare*, salvaguardia dei livelli occupazionali – pare possano conseguirsi, come sopra si è visto, solo con l'ulteriore attribuzione di competenze politiche ed economiche in favore delle Istituzioni Comunitarie, indissolubilmente legate all'adozione di un atto politico costituente. Sono cioè delle valide giustificazioni che possono portare a volere, in prospettiva appunto reattiva e non solo difensiva, l'integrazione politico – costituzionale, ma che nulla dicono in ordine alle condizioni funzionali per realizzarla. Non si riesce cioè a superare quel circolo per il quale, pur rappresentando la Costituzione la strada attraverso cui conservare ed imporre una specificità europea, essa viene rifiutata per l'assenza di ogni identità comune europea. Identità, inoltre, difficilmente ricollegabile a confini geografici, alle radici greco – romane o a quelle giudaico-cristiane²⁴⁷. Viceversa, come si esporrà, l'unico indice che presenta una certa qual attendibilità è rappresentato proprio dalla tensione ideale *verso* e dalla tutela effettiva *dei* diritti fondamentali.

È noto che Habermas individua i presupposti empirici per la formazione identitaria in tre elementi: a) necessità di una società europea dei cittadini; b) costruzione di una sfera pubblica politica di dimensione europea; c)

²⁴⁶ M. Castells, *Volgere di Millennio*, op. cit., p. 401.

²⁴⁷ J. Rifkin, op. cit., p.203

creazione di una cultura politica che possa essere condivisa da tutti i cittadini dell'Unione²⁴⁸.

Non credo tuttavia che i tre presupposti in esame, pur influenzandosi reciprocamente quanto alla loro implementazione, siano, per così dire, contemporanei in ordine alla loro formazione. Né, evidentemente, che tutti essi siano *inducibili* attraverso la Costituzione e solo con essa: *“una sfera pubblica europea è per un verso dipendente dalle sollecitazioni degli attori della società civile. Per un verso, ha però bisogno di essere essa stessa radicata in una cultura politica comune”*²⁴⁹.

La formazione di una sfera pubblica comune si presenta, dunque, logicamente e temporalmente, subordinata e alla società civile europea e alla cultura politica comune. A sua volta, e sempre a seguire Habermas, la società civile europea, derivante dalla *“sovrapposizione transnazionale di interessi e orientamenti di valori comuni.. [che farebbe sorgere] un sistema partitico europeo e di reti di rapporti oltrepassanti l'appartenenza nazionale”*²⁵⁰, si rivela connessa al trasferimento di importanti competenze – ad esempio il potere di imporre tasse *per conto proprio* – che, realisticamente, si rivelano difficilmente ipotizzabili a prescindere da un atto politico costituente che colmi il deficit democratico delle Istituzioni. Dunque, anche la formazione della società civile potrebbe rappresentare un *posterius* rispetto alla Costituzione Europea (ma la questione pare anch'essa

²⁴⁸ J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, op.cit. p.71; analogamente, cfr. L. Ferrajoli, *Costituzioni e popoli nel processo costituente europeo*, in *Processo Costituente e diritti fondamentali*, a cura di A. Celotto, op. cit.; M. Telò, op. cit., p. in particolare p. 51 e ss.

²⁴⁹ *Ivi*, p. 74.

²⁵⁰ *Ivi*, p. 72.

assai dubbia²⁵¹) o, in ogni caso, costituisce fattore potenziabile in modo convincente solo a seguito della sua adozione.

L'unica condizione pragmatica, invece, che sembra costituire una premessa del processo costituente e che, a sua volta, si presenta autonomamente in grado di rafforzare la consapevolezza di una società civile e di una sfera pubblica, a livello sopranazionale, è proprio la cultura politica comune.

Ma l'indice più evidente della cultura politica comune, di un orizzonte culturale europeo²⁵², non è forse costituito proprio dalla promozione e dalla tutela dei diritti dell'Uomo, quale essa si presenta - più vincolante, dettagliata e giustiziabile rispetto al resto del Mondo - nell'area europea?

Sul punto, non mi pare ci siano dissonanze nella letteratura. Si segua, a titolo esemplificativo, lo stesso Habermas: *“l'universalismo egualitario ed individualista che ha finora caratterizzato la nostra autocomprensione normativa non è certo la più insignificante tra le conquiste della modernità europea. Il fatto che altrove sia ancora praticata la pena di morte ci ricorda i tratti specifici della nostra consapevolezza normativa: Il Consiglio di Europa con la Convenzione Europea dei diritti Umani [e cioè la CEDU] e la sua Carta Sociale Europea hanno trasformato l'Europa in un'area in cui i diritti umani sono più specifici e vincolanti che non in qualsiasi altra parte del mondo [...]. Il chiaro sostegno europeo nei confronti di una Corte Penale Internazionale, nuovamente in contrasto con i timori statunitensi, si muove anch'esso in questa linea [...]. Questo sfondo storico potrebbe preparare la via a una democrazia postnazionale che si basi sul*

²⁵¹ Cfr. F. Riccobono, *Legittimazione...* cit., pagg. 90 e ss.

²⁵² J. Habermas, *Una costituzione per l'Europa?*, op. cit., p. 173.

*riconoscimento reciproco delle differenze tra le orgogliose culture nazionali [...] La nuova consapevolezza dei momenti comuni ha trovato espressione nella Carta dei diritti dell'Unione, sulla quale i membri della Convenzione hanno trovato l'accordo in tempi **rimarchevolmente** brevi[...]*²⁵³.

Si scorge allora il piano sul quale vanno colte alcune contraddizioni. Contraddizioni che spiegano, almeno parzialmente, gli esiti negativi delle consultazioni referendarie di Francia ed Olanda e, presumibilmente, potrebbero portare ad esiti non diversi in tutti quei Paesi in cui la ratifica del Trattato costituente è sottoposto a referendum popolare.

Se, allo stato, è difficile ravvisare l'esistenza di una società civile europea e di una sfera pubblica europea, possiamo senz'altro ritenere ricorrente, invece, un orizzonte culturale comune che coincide nel grado di affermazione e di tutela dei diritti fondamentali.

Ma tale orizzonte culturale, radice di una cultura politica comune, è stato colpevolmente confinato ad una sommatoria di consapevolezze *astratte* dalla dimensione nazionale, piuttosto che *sperimentate e praticate* al livello comunitario. E ciò malgrado la incontestabile capacità espansiva che tale orizzonte rilevi. Non bisogna dimenticare, infatti, che, anche a livello di ordinamento comunitario, il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituisce un tema tanto importante da rappresentare la stessa condizione di adesione all'U.E. dei nuovi membri²⁵⁴.

²⁵³ J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, op. cit., p.76: grassetto aggiunto.

²⁵⁴ Cfr. art. 6 del Trattato di Amsterdam, il quale richiede ai Paesi candidati di accettare le disposizioni della *Convenzione Europea sui diritti Umani*, come preconditione dell'accoglimento nell'Unione

Ma, in tale ultima prospettiva, l'orizzonte culturale non è per nulla avvicinato e praticato dagli europei. Questi, cioè, si sono a lungo trovati, ed ancora oggi si trovano, nella situazione per la quale praticano, separatamente e a livello nazionale, una cultura comune dei diritti umani. Esperienza, peraltro, resa ancor più omogenea dalla Corte sovranazionale di Strasburgo. Paradossalmente, tuttavia, agli stessi è inibito la sperimentazione di quell'orizzonte culturale comune proprio in ambito comunitario.

L'assenza di valore vincolante per la Carta di Nizza – che pur aveva colmato un vuoto ormai non più tollerabile stante la qualità e la quantità dei poteri gestiti dalle Istituzioni Comunitarie – mantiene una situazione per la quale non esiste un catalogo di diritti fondamentali che gli Stati e gli Organi dell'Unione siano obbligati a rispettare. Non solo. Non esiste alcun organo sovraordinato che possa sindacare gli stessi atti comunitari, come viceversa accade per gli atti nazionali rispetto alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Un'ulteriore considerazione appare necessaria.

Non è soltanto una questione di implementazione e concreta sperimentazione di un orizzonte comune che la questione dei diritti fondamentali dischiude. Viceversa, c'è un ulteriore problema di legittimità e democraticità delle istituzioni comunitarie. Si ricorderà che, in apertura, si è posto in evidenza come la Carta di Nizza, ovvero un *bill of rights* comunitario, sia stato avvertito dal Consiglio d'Europa come il “*principio fondatore dell'Unione Europea [...] e presupposto indispensabile della sua*

legittimità”²⁵⁵. In altri termini, il rispetto dei diritti fondamentali nell’area europea integrava un “*parametro di legittimità dell’azione degli organi Europei e, in particolare, della legislazione derivata – e cioè degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie: regolamenti e direttive [...] nonché degli atti adottati dagli Stati in attuazione del diritto comunitario*”²⁵⁶.

Non vi è ragione di dubitare, allora, che il riconoscimento (giuridico) e l’attuazione dei diritti sanciti nella Carta di Nizza avrebbe avuto l’ulteriore funzione di saldare il deficit di legittimazione democratica avvertito dagli Europei in relazione ad una produzione normativa e decisionale inarrestabile degli Organi dell’Unione, unicamente legittimati, *tecnocraticamente*, da canali intergovernativi. Viceversa, poiché il valore della Carta di Nizza – su cui, non casualmente, una convergenza venne raggiunta in modo assolutamente tempestivo – è stato ristretto al solo ambito politico, si è consentito, mi pare, che per almeno cinque anni (ma la situazione oggi non è mutata) il deficit democratico delle Istituzioni aumentasse piuttosto che diminuire.

Ora, se l’analisi compiuta è corretta, si può dire che l’orizzonte culturale dei diritti fondamentali costituisce, al tempo stesso, per un verso condizione di legittimità delle Istituzioni Comunitarie e, per altro, il fondamento dell’identità progettuale e della cultura politica europea.

Gli esiti negativi delle consultazioni referendarie si spiegano, conclusivamente, in ragione del fatto che si è intravisto nella Costituzione Europea un’ulteriore espressione di tecnocrazia capace di imporsi agli

²⁵⁵ Dichiarazione del Consiglio d’Europa del giugno 1999.

²⁵⁶ A. Cassese, *I diritti Umani oggi*, op. cit., p. 76.

europei dall'alto, a prescindere da un loro reale coinvolgimento nelle decisioni politiche. Viceversa, una Costituzione europea può indurre solo alcune delle condizioni empiriche affinché si formi una formazione identitaria europea.

Il fatto poi che democrazia e stato nazionale siano andati di pari passo non significa che una identità europea possa, sempre e automaticamente, formarsi dopo un atto politico costituente, specie quando le problematiche acquistano dimensioni europee e riguardino molti milioni di persone e svariati governi. Il carattere volontaristico di una nazione di cittadini ha pur sempre necessità di legarsi ad un embrionale nucleo di identità comune, di cui poi si devono creare le condizioni per un nuovo sviluppo ed una pratica sperimentazione.

Nel caso dell'area comunitaria, uno dei fattori della – preesistente al processo costituente – cultura politica comune europea è senza dubbio individuabile nella tutela dei diritti fondamentali, viceversa, solo politicamente proclamata con la Carta di Nizza. Carta, peraltro, in cui, come puntualizzato, si era riconosciuta la condizione di legittimità dell'Unione e, per questa via, la stessa possibilità di ridurre il deficit di democraticità delle Istituzioni comunitarie.

Quanto sopra si è detto, in linea con un'impostazione gradualistica, mi pare spieghi la necessità di riguardare alla Carta di Nizza – ora parte II del Trattato che adotta una Costituzione Europea – come ad uno strumento capace anche autonomamente, e cioè prima ovvero in vista di una Costituzione Europea, di offrire le basi a) per la potenziale attenuazione *medio tempore* del deficit di legittimità e democraticità delle Istituzioni

comunitarie e b) per la creazione di una specificità europea che possa fungere da modello anche oltre l'Europa.

A me pare, inoltre, che gli aspetti sottolineati abbiano non solo un significato *intra-comunitario*. Non è forse, nei termini della prova storica dell'esistenza di una specificità valoriale europea, che deve leggersi il trapianto di principi che la Corte Europea dei diritti dell'Uomo è in grado di realizzare ai tempi della globalizzazione giudiziaria²⁵⁷?

4. Legittimazione attraverso Diritti Umani?

Con le considerazioni che precedono si è inteso evidenziare come l'affermazione, a livello puramente politico, della Carta dei diritti fondamentali abbia rappresentato una occasione mancata per conseguire un duplice scopo. Da un lato, corroborare e a prescindere da una Costituzione, le condizioni dell'identità progettuale europea. Per altro, saldare, *medio tempore*, il deficit di democraticità delle istituzioni comunitarie, le quali agiscono ed agiranno, comunque, a prescindere da una Costituzione europea²⁵⁸.

In tale prospettiva, sembra cogliere nel segno la puntuale critica mossa da Riccobono²⁵⁹ al tentativo di configurare la legittimazione attraverso diritti umani “*quale strada alternativa alla tutela giurisdizionale dei diritti*”²⁶⁰. Nella posizione dell'Autore, in particolare, è scoperto lo scetticismo verso la

²⁵⁷ Cfr. Capitolo II, par. 5.

²⁵⁸ In termini sostanzialmente analoghi, cfr. F. Bignami, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Quaderno n. 1 della Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2004.

²⁵⁹ Cfr. F. Riccobono, *Legittimazione attraverso diritti umani?*, op. cit., pag. 91 – 100.

²⁶⁰ *Ivi* pag. 95.

ricostruzione dottrinale di quanti²⁶¹ assegnano alla legittimazione attraverso diritti umani la funzione di una tutela preventiva dei diritti, capace di anticipare la garanzia degli stessi ad un esame della fedeltà costituzionale degli autori della decisione. Ragionare in tal senso – prosegue l'Autore – significa non tenere in considerazione il fatto che il concetto di legittimazione attraverso diritti umani dà mostra della propria fragilità, sotto un profilo teoretico, proprio in quanto non fornisce risposta appagante alla questione cruciale della tutela dei diritti.

I sostenitori della teoria della legittimazione attraverso diritti umani mettono in ombra, colpevolmente, il momento della garanzia giurisdizionale ai fini dell'affermazione della giuridicità dei diritti fondamentali, laddove il nesso tra diritti e garanzie viene configurato *“come un nesso normativo e l'assenza di una norma di garanzia si ridurrebbe, infine, da un punto di vista giuridico ad un problema tecnico di colmatatura di una lacuna deontica”*²⁶².

Per converso, sottolinea l'Autore, l'importanza del momento giurisdizionale, ed in generale della garanzia, meglio emerge alla stregua di un approccio *funzionale* ai diritti fondamentali²⁶³, laddove – dandosi corso ad un tentativo *più prudente* – *“la mancanza di garanzie non viene qualificata, semplicemente come lacuna ma, molto più pesantemente, come mancata adozione delle norme che prevedono diritti fondamentali come criteri di riconoscimento della validità di un ordinamento giuridico”*²⁶⁴.

²⁶¹ In questo senso, tra gli altri, L. Ferrajoli, *Diritti Fondamentali*, op. cit.

²⁶² Cfr. F. Riccobono, op. cit., pag. 98.

²⁶³ G. Palombella, *L'Autorità dei diritti*, Roma – Bari, 2002.

²⁶⁴ Cfr. F. Riccobono, op. cit., pag. 98

Ora, in considerazione di tanto, appare evidente come la mancata previsione della giustiziabilità dei diritti fondamentali affermati dalla Carta di Nizza – l’aver cioè deciso di confinare il valore della stessa nel quadro degli strumenti di *soft law* – abbia seriamente minato, in radice, quel processo di legittimazione delle istituzioni comunitarie – già problematico in quanto avulso da una diretta volontà popolare – tanto che si è, correttamente, affermato che “*il difficile, controverso e, speriamo solo temporaneamente interrotto, processo costituente europeo ha avuto la sua origine proprio intorno al problema dei diritti fondamentali*”²⁶⁵. Non vi è dubbio, in altri termini, che la nascita di una legge fondamentale, di là da un popolo europeo, e la stessa giustificazione di una *accelerata* politica - ancorata al passaggio da una legittimazione economica ad una legittimazione attraverso diritti umani – sia stata, di fatto, resa impossibile dalla preclusione fatta agli Europei di invocare – anche innanzi agli Organi di Giustizia Comunitaria – la Carta dei Diritti Fondamentali quale parametro, avente efficacia vincolante, per valutare azioni e comportamenti delle istituzioni comunitarie.

Del resto, se ancora residuassero dei dubbi in ordine alla possibilità di costruire attorno alla concreta attuazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario un sostrato identitario comune, basterebbe focalizzare l’attenzione su quanti siano stati i richiami a tali diritti operati e in sede nazionale e in quella comunitaria.

²⁶⁵ S. Rodotà, in *Introduzione a Processo Costituente europeo e Diritti Fondamentali*, a cura di A. Celotto, *op. cit.*, pag. 1.

Attenti studiosi²⁶⁶, infatti, hanno provveduto a raccogliere i richiami, diretti ed indiretti, alla Carta di Nizza, operati in circa tre anni (dal 2001 al 2004), al fine di dimostrare che, di là dal valore eminentemente politico della Carta, la stessa ha costituito un punto di riferimento assolutamente decisivo tanto per formulare nuove domande di giustizia quanto per meglio rendere giustizia da parte dei Tribunale. Ai fini che occupano, si ritiene che la prassi appena richiamata rappresenti una conferma di come la possibilità di attuare, anche in sede giurisdizionale, i diritti proclamati, politicamente, dalla Carta di Nizza, costituisca un fattore decisivo per la formazione di una identità europea²⁶⁷ e come, viceversa, è stata proprio un atteggiamento, talora definito “*provocatorio*”²⁶⁸, della Corte di Giustizia ad aver precluso la possibilità del buon esito del processo costituente.

²⁶⁶ A. Celotto e G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Rassegna Giurisprudenziali (2001 – 2004), in corso di pubblicazione, in cui si documenta, in maniera assolutamente dettagliata, l'elevatissimo numero di richiami alla Carta ad opera addirittura delle Corti Costituzionali Spagnole ed Italiana e da parte della stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché ad opera degli Avvocati Generali presso il Tribunale di primo Grado dell'U.E. e presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

²⁶⁷ In questo senso, mi pare di leggere la posizione di alcuni autori., Cfr. A. Anzon, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, p. 656; S. Rodotà, *Ma l'Europa già applica la nuova Carta dei diritti*, in *La Repubblica*, 3 gennaio 2001; A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, pp. 196 e ss.; L. S. Rossi, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 566.

²⁶⁸ J. H. H. Weiler, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 527, il quale rileva il contraddittorio comportamento della Corte che, in passato con la propria *doctrine*, aveva fortemente contribuito al processo di integrazione comunitaria.

5. IL DIRITTO FONDAMENTALE AD UNA BUONA AMMINISTRAZIONE COMUNITARIA

Si è visto come la decisione di proclamare un *bill of rights* europeo abbia suscitato un intenso dibattito dottrinale circa la idoneità di tale strada, tra l'altro, a svolgere una funzione legittimante le istituzioni Comunitarie, le relative azioni, nonché la stessa concentrazione di poteri ed attribuzioni che in esse, progressivamente, si verifica per far fronte a problematiche non più gestibili con le sole *forze* dello Stato Nazionale.

Un confronto non meno intenso, peraltro, potrebbe ragionevolmente aprirsi e – di fatto si sta aprendo – con riguardo all'apparizione sulla scena comunitaria del diritto fondamentale ad una buona amministrazione.

Ora, vorrei subito chiarire che non è solo una questione di legittimazione dell'esercizio dei poteri amministrativi da parte di *Organi dell'Unione*, che l'apparizione di tale nuovo diritto pone. In tale ultima prospettiva, è innegabile che “*an important reason for improving administrative procedures is the need to provide for procedural safeguards against European authorities in times of growing expansion of their competences following the Amsterdam and Nice Treaties [...]*”²⁶⁹. Gli ambiti nei quali, invero, non più soltanto gli Stati membri, ma i singoli – cittadini degli Stati membri, stranieri ovvero persone giuridiche - vengono in contatto con l'Amministrazione Comunitaria, si fanno sempre più frequenti. Anche nel campo dell'Amministrazione Pubblica, cioè, si registra un progressivo allontanamento dalle originarie linee direttrici della politica comunitaria e

²⁶⁹ K. Kanska, *Towards Administrative Human Right in the EU impact of the charter of human Rights*, in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 3, May 2004, pp. 296–326.

secondo cui l'Europa non avrebbe dovuto fare ma far fare. In tal senso si è autorevolmente sottolineato che *“the Commission is increasingly being entrusted with delegated implementing powers, and legitimacy of its activities cannot be directly traced to the democratically elected legislature. Therefore, additional means of enhancing legitimacy are needed, such as more transparent and inclusive decision making procedures”*²⁷⁰.

Il punto saliente, piuttosto, è che il complesso degli enunciati posti dalla disposizione *costituzionale* sembrano consegnarci un definitivo accantonamento di un modello autoreferenziale del fenomeno amministrativo. Ricorre, anzi, una geometria in cui la simmetria di posizioni tra pubblico e privato viene realizzata proprio nel medio del procedimento. Ora, peraltro, con l'affermazione di tale diritto fondamentale è ben evidente come l'Amministrazione non solo sia tenuta al rispetto di indeclinabili obblighi di imparzialità, equità, ragionevolezza e motivazione. È, invece, il farsi stesso dell'azione amministrativa che ha nella partecipazione del destinatario, al circuito di formazione della decisione, il proprio momento centrale.

Si perviene così alla possibilità di *“ricostruire il rapporto tra singolo e pubblica amministrazione [...] a partire dalle pretese che il primo può vantare nei confronti della seconda [con la conseguente inequivoca affermazione della] centralità del primo (l'individuo) nei confronti della seconda (la pubblica amministrazione) nel senso che è il contenuto delle sue*

²⁷⁰ Cfr. amplius E. Vos, *Reforming the European Commission: What Role to Play for EU Agencies?*, *Common Market Law Review*, 2000, pp. 1113 -1114.

*pretese a riverberarsi sulle modalità di svolgimento della funzione amministrativa e non il contrario*²⁷¹.

Anzitutto, è agevole osservare come l'affermazione del diritto in esame costituisca una vera e propria innovazione già a livello comunitario, almeno per due ordini di ragioni. Da un primo punto di vista, tale diritto è preordinato ad apprestare, in favore del destinatario dell'esercizio del potere amministrativo, un complesso di garanzie che, nella esperienza dei procedimenti amministrativi comunitari, avevano trovato - solo - incerta definizione. Ciò, soprattutto, in ragione del fatto che quantità e qualità delle stesse erano normalmente definite da parte della Corte di giustizia della Comunità Europea²⁷².

L'affermazione di tale nuovo diritto soddisfa, dunque, l'immanente valore della certezza del diritto, laddove istituzionalizza, ex ante e senza distinzione, una determinata procedura che gli *Organi dell'Unione* sono tenuti a rispettare all'atto in cui si determinano per l'adozione di un provvedimento sfavorevole nei confronti del destinatario. E' particolarmente significativo rilevare come ciò che rappresenta, realmente, una fondamentale innovazione è il dato per il quale, in precedenza, il Giudice comunitario si limitava a trarre dalle disposizioni dei Trattati costitutivi un complesso di principi funzionali ad enucleare obblighi a carico delle amministrazioni comunitarie. Difettava, cioè, l'affermazione di un

²⁷¹ A. Zito, *Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali nell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, spec. pp. 427- 428.

²⁷² Per un'ampia rassegna giurisprudenziale riguardante l'interpretazione operata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee circa il contenuto dei singoli precetti che, oggi, costituiscono il diritto fondamentale ad una buona amministrazione, si rinvia a V. Rapelli, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004.

diritto a favore del destinatario ad ottenere determinati comportamenti da parte delle Istituzioni. In altri termini, si assiste al passaggio – sintomatico di una diversa cultura amministrativa e dello stesso concetto di cittadinanza – dall’accento posto sul momento organizzativo dell’Amministrazione, in cui rinvengono definizione gli Uffici e le relazioni tra essi intercorrenti, a quello della pretesa del privato.

Nella stessa prospettiva, e siamo al secondo dei profili, è indubbio che non esista altro catalogo internazionale dei diritti che contempra l’affermazione di un diritto simile a quello alla buona amministrazione²⁷³. L’emersione del diritto ad una buona Amministrazione, dunque, sembra poggiare sul convincimento, spesso avallato da autorevole dottrina²⁷⁴, secondo cui i diritti procedurali non rappresentano, soltanto, mezzi per raggiungere i risultati aspirati dai privati, ma sono essi stessi risultati ed, in quanto tali, oggetto di autonoma considerazione e tutela.

Senonché, ed a ben riflettete, elevare gli stessi diritti procedurali – ed in particolare il diritto ad essere ascoltati – a *beni* passibili di autonoma considerazione, al pari di un diritto sostanziale, significa considerare il contributo del destinatario dell’esercizio del potere come esigenza insopprimibile, non solo e non tanto perché funzionale all’esplicazione della

²⁷³ Cfr. Commission Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, COM(2000) 559 final, 13.9.2000, 4; ed ancora, J. Söderman, *The Struggle for Openness in the European Union*, discorso del 21 marzo del 2001.

²⁷⁴ Cfr. per tutti Lord Millet of St. Marylebone, *The Right to Good Administration in European Law*, in *Public Law*, 2002, pp. 309-312; C. Harlow and R. Rawlings, *Law and Administration*, II ed., 1997, p. 497.

sua dignità²⁷⁵, ma anche e soprattutto come mezzo per meglio conseguire il pubblico interesse.

In tal senso, è stato acutamente osservato che *“there is also another important reason behind the constitutionalisation of certain procedural rights. Subjective public rights enjoyed by individuals vis-à-vis the administration can be seen as forming part of a new dimension of citizenship. The new approach, apparent in many Member States, is to treat the administration as a service performed to the benefit of citizens. The change of terminology reflects the move from treating the individual as an object of proceedings towards a more subjective treatment. Citizenship is thus reinforced, and the authorities are seen as closer to the people [...]”*²⁷⁶.

Peraltro, ben può dirsi che il riconoscimento, in favore di “ogni persona” del diritto fondamentale ad una buona amministrazione “*suggerisce come l’appartenenza possa essere rilevante per l’accesso ai diritti anche senza il presupposto identitario della cittadinanza*”²⁷⁷. Il diritto ad una buona amministrazione, dunque, sembra ricostruibile attorno al paradigma dell’universalità del suo oggetto, “*in quanto i beni a cui [garantisce] l’accesso sono considerati fondamentali per ogni persona, tanto che nessun essere umano può esserne legittimamente privato in ragione del proprio status. [Tale diritto è universale] nella portata, [appartenendo lo stesso a quei diritti che] sono riconosciuti e garantiti soltanto all’interno del sistema*

²⁷⁵ In proposito, cfr. H. P. Nehl, *Principles of Administrative Procedure in European Community Law*, 1999, p. 188, secondo cui i diritti procedurali assolvono alla funzione di garantire adeguato rispetto dell’individuo da parte delle Pubbliche Autorità.

²⁷⁶ Cfr. K. Kanska, *Towards Administrative Human Right in the EU impact of the charter of human Rights*, op. cit., pag. 302.

²⁷⁷ Cfr. C. Attucci, *Tra identità e diritti: prospettive filosofiche per la cittadinanza nell’epoca della globalizzazione*, in *Filosofie della globalizzazione*, pag. 239, nota 37, in *Filosofie della Globalizzazione*, Pisa, 2001.

politico – giuridico in base al consenso che in quel determinato contesto si è trovato su quali siano gli interessi fondamentali e legittimi delle persone”²⁷⁸. A mio modo di vedere, il diritto fondamentale ad una buona amministrazione impone di ripensare, peraltro lo stesso paradigma strutturale e funzionale del procedimento amministrativo elaborato da Luhmann in *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*²⁷⁹.

Secondo Luhmann, infatti, i procedimenti giuridici sono chiamati, in generale, a svolgere sia la funzione di *determinare* un futuro incerto mediante processi selettivi, sia la diversa funzione di tollerare un futuro incerto, quale deriva dalla impossibilità di calcolare le possibilità del diritto variabile. La partecipazione ai procedimenti varrebbe, sostanzialmente, ad *assorbire l'incertezza di un futuro incerto*, evitando che il destinatario sia colto, invece che da una decisione, da una sorpresa imprevedibile²⁸⁰.

I procedimenti giuridici, dunque, svolgerebbero tanto una funzione strumentale – preordinata a garantire una decisione razionale – quanto una parallela funzione *legittimante*, assolta “*mediante aspetti del comportamento sociale che spesso rimangono latenti, nonché mediante un agire simbolico espressivo che, coinvolgendo nel suo significato i ruoli impliciti e i non partecipanti attraverso al rappresentazione drammatizzata del procedimento, fa realizzare da tutti il processo di riduzione in modo attivo e simbolico*”²⁸¹. Ciò che in Luhmann, tuttavia, distingue il procedimento amministrativo, dagli altri procedimenti, elettorali, legislativi

²⁷⁸ *Ivi*, p. 239.

²⁷⁹ Cfr. nota 77.

²⁸⁰ N. Luhmann, *Procedimenti giuridici ...*, cit. p.236.

²⁸¹ *Ivi*, p.228

e giudiziari, è proprio il fatto che, tanto in relazione ai programmi di scopo²⁸² quanto in relazione ai programmi condizionali²⁸³, “*al fine di trattare razionalmente i problemi ed in ragione delle elevate probabilità di ottenere risultati utili è difficile che l’ordine della fasi decisionali assuma una forma che produca optimum degli effetti richiesti e al tempo stesso trasmetta al cittadino la sensazione di stare partecipando a qualcosa che gli appartiene e proprio agli occhi del pubblico che si separano efficienza da un lato e capacità di creare soddisfazione o legittimità della decisione dall’altro*”²⁸⁴.

Nel caso dei programmi di scopo, in particolare, una possibile funzione legittimante sarebbe esclusa dal fatto che il decisore agisce appunto per il conseguimento dello scopo, e dunque non potrebbe assumere un atteggiamento imparziale come quello di un giudice²⁸⁵, mentre, nel caso dei programmi condizionali, la funzione di legittimazione non sarebbe neppure configurabile in quanto, trattandosi di programma decisionale dettagliato, il decisore, effettuata una verifica la sussistenza dei presupposti previsti dal

²⁸² Che, secondo N. Luhmann, “*sono quelli che scelgono come punto fisso il confine di output*”, cfr. N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, cit. p. 215 e p. 223.

²⁸³ Caratterizzati dallo schema “*se*” “*allora*”, e dunque da una dettagliata previsione del programma decisionale.

²⁸⁴ Cfr. N. Luhmann, *Procedimenti e Legittimazione*, cit., p.210.

²⁸⁵ Ed infatti, nella prospettiva dell’autore, il principio di imparzialità assolve allo scopo di mantenere una reale incertezza sull’esito del procedimento giurisdizionale, funzione questa che comunque deve rimanere latente, poiché, in base alla rappresentazione ufficiale, nel diritto tutte le decisioni sono già anticipatamente decise e quindi non può esistere alcuna incertezza. Di fatto, il principio di imparzialità del Giudice aiuta le parti a confidare che lo stesso non abbia contratto già prima del procedimento impegni specifici e su tale fiducia, nell’incertezza della situazione, si basa la motivazione ad impegnarsi nel procedimento. Pertanto, il principio dell’imparzialità costituisce la condizione fondamentale degli interessati degli eventi simbolici che legittimano la decisione. Peraltro, a questa finalità si aggiunge la necessità di limitare la responsabilità del Giudice di rimuovere certe alternative, di eliminare la critica e di sostenere nel processo decisionale quella riduzione della complessità cui contribuiscono gli altri partecipanti al procedimento, cfr. N. Luhmann, *ivi*, pag. 134.

programma stesso, non potrebbe ingenerare una delusione. L'eventuale ricorrenza della delusione, peraltro, sarebbe, senz'altro, evento trascurabile, potendo tale incertezza essere *riassorbita* attraverso il procedimento giurisdizionale.

In altri termini, il vantaggio della differenziazione funzionale tra politica ed amministrazione sta proprio nel fatto che l'Amministrazione può venir liberata da una ulteriore e defatigante funzione di legittimazione, essendo piuttosto compito della politica creare il consenso.

In tale prospettiva, l'Amministrazione, in quanto ha in sé tutte le competenze necessarie, deve procedere *autonomamente* preoccupandosi di coinvolgere il privato nel procedimento solo laddove – e sempre che il modello espertocratico di Amministrazione configurato da Luhmann lo ritenga – questi sia assunto come una *informazione* rilevante nel *processo selettivo*. La legittimazione *politica* dell'Amministrazione è legata ai risultati razionali che essa ottiene e non ad altro.

Come si vede, la concezione luhmanniana sui procedimenti amministrativi è tale da mettere in ombra ogni prospettiva di un cittadino *attivo*, capace di attendere al conseguimento degli interessi pubblici. Non è, in questo caso, la sfiducia nel carattere anomico dell'individuo che giustifica una netta separazione tra detentori e destinatari, come nella tradizione Hobbesiana, quanto, sembra, la fiducia nella differenziazione funzionale del sottostima specializzato Amministrazione. La stessa esprime, in altri termini, una *drammatica* alternativa in cui versano le Amministrazioni Pubbliche dei nostri tempi: l'opzione è tra l'essere efficiente ovvero generare

legittimazione. Si è cercato di chiarire altrove²⁸⁶ che il legislatore italiano ha prescelto, con la riforma della L. 241/90, l'opzione burocratica e specializzata offerta da Luhmann, laddove finisce per risolvere la partecipazione del cittadino a elemento puramente eventuale, facendo leva su assetti costituzionali vicini ad un modello di *close government*. Per converso, il diritto fondamentale ad una buona amministrazione, se per un verso lascia spazio alla prospettiva del diritto unitario²⁸⁷, si allontana nettamente dalla prospettiva di Luhmann assegnando al procedimento una marcata funzione di legittimazione, fondata anche sull'apporto contributivo del cittadino e non sulla sua riduzione ad informazione.

Il procedimento amministrativo, infatti, sembra perdere la connotazione di un sistema per acquisire la consistenza di un diritto procedurale fondamentale, in quanto tale, assolutamente incompressibile, concepito anche in funzione del ruolo attivo del cittadino e volto a creare un canale di comunicazione tra detentori e destinatari. Si sancisce, in conseguenza, il diritto del cittadino affinché l'Amministrazione agisca in maniera equa ed imparziale, alla stregua di un Giudice. Ed allora, è sempre a voler restare a Luhmann, è evidente come il *rito* del procedimento acquisti una spiccata funzione di legittimazione.

Simmetricamente, tutte le possibili modalità organizzative che nella visione di Luhmann avrebbe avuto una funzione legittimante – trattazione orale e motivazione²⁸⁸ - si ritrovano nel modello costituzionale europeo.

²⁸⁶ Cfr. Cap. I.

²⁸⁷ Cfr. in tale senso la posizione di A. Zito, *Il diritto ...cit*, p. 230, laddove riconosce al predicato *equo* previsto dall'art. 41 della Carta di Nizza, la possibilità da parte dell'Amministrazione di ricorrere anche al modulo consensuale.

²⁸⁸ N. Luhmann, *Legittimazione ...*, op. cit. p.218 -219

Il disfavore che Luhmann avverte per siffatte modalità organizzative - perché rispettivamente (la trattazione orale) determinative di ritardo e perché (la motivazione) piuttosto preordinate, non già a convincere dell'esercizio legittimo del potere, ma a prevenire la tutela giurisdizionale - si dissolvono a fronte di una dimensione nuova della cittadinanza europea idonea a dar vita ad un vero e proprio statuto di cittadinanza amministrativa, rendendo fondamentale sia il diritto di essere ascoltati sia il diritto ad una motivazione stringente dei provvedimenti che incidono sui propri interessi. Ma a questo punto, c'è da chiedersi come possano convivere due scelte così inconciliabili: quella del legislatore nazionale e quella Costituzione Europea.

Le stesse, come evidenziato, fanno propri modelli assolutamente contrastanti e che non sembrano tollerare una diversa visione del modo d'essere cittadini. Il cittadino europeo è titolare di una doppia cittadinanza - quella comunitaria e quella nazionale - a cui corrisponde, dunque, un diverso statuto di diritti e doveri che, tuttavia, mal si concilia con l'idea di una integrazione politica dei *popoli dell'Europa*.

E il dato non può che ingenerare ulteriori perplessità, ove si consideri che alla Carta di Nizza viene attribuita natura di strumento costituzionale di mera ricognizione delle *tradizioni costituzionali comuni* degli Stati Membri. Almeno per quanto concerne il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione, questo rilievo è inesatto.

Ma la questione, come rilevato, è tutt'altro che irrilevante in quanto appare in giuoco la stessa dimensione politica della cittadinanza, la stessa liberazione del cittadino da suddito a individuo, che, abbandonata l'*etichetta*

di soggetto anomico, è consapevole delle implicazione del proprio operato sulla comunità in cui vive.

CAPITOLO IV

COMUNICAZIONE E INFORMAZIONE NELL'ERA DIGITALE. PROSPETTIVE E RISCHI DELLA TECNOSOVVRANITÁ

1. SOCIETÀ CIVILE E DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA

Di là dalla codificazione del diritto ad una buona amministrazione quale diritto fondamentale, e dunque a parte l'ipotesi in cui il fenomeno amministrativo incida puntisticamente sulla posizione del destinatario, pare che la stessa questione della partecipazione dei destinatari all'elaborazione del *policy making* e del *decision making* amministrativo rappresenti un obiettivo primario dell'agenda politica delle istituzioni comunitarie.

A partire dalla fine degli anni 90', infatti, si assiste ad un complesso sempre più vigoroso di iniziative con le quali, soprattutto la Commissione Europea, punta a fare della società civile un partner della Governance europea. Ancorché, allo stato, non sufficientemente chiara nei suoi contorni, la Governance attraverso la società civile rappresenta una sicura priorità della politica comunitaria, come, del resto, si ricava dal Libro Bianco sulla Governance Europea²⁸⁹: *“una rafforzata partecipazione dà luogo ad una maggiore fiducia nel risultato finale e nella politica delle istituzioni [...] la partecipazione non richiede istituzionalizzazione della protesta. Partecipazione significa molto più organizzazione della politica pienamente efficace sulla base di consultazioni preliminari e di esperienze del passato”*.

²⁸⁹ Commissione delle Comunità Europee, *La Governance Europea*, Comunicazione, 2001 p. 428, Testo finale del 25 luglio 2001.

Le iniziative poste in essere a livello comunitario si segnalano, a mio avviso, per due aspetti salienti. Per un verso, la integrazione del potere pubblico europeo con la società civile svolge il compito di legittimare democraticamente le attività delle istituzioni comunitarie²⁹⁰; per altro costituisce convincimento della Commissione che l'interesse pubblico meglio può essere accertato attraverso buone pratiche di *management*, in virtù cioè di sistemi che consentano alla società civile di dirigere il dibattito pubblico e condizionare fattivamente tanto le decisioni politiche quanto quelle di carattere più squisitamente amministrativo^{291 292}.

Quanto a tale ultimo profilo, in particolare, sembra emergere che uno dei fattori determinanti la necessità di un ascolto costante della società civile muova dall'assenza, che si riscontra a livello comunitario, di leggi generali,

²⁹⁰ L'effetto legittimamente che le Istituzioni comunitarie riconoscono alla partecipazione della società civile, al concreto coinvolgimento della cittadinanza europea nella determinazione delle decisioni politiche ed amministrative, risulta non soltanto dal Libro Bianco sulla Governance e dalla successiva comunicazione sulle consultazioni del dicembre 2002 - "*verso una cultura rafforzata della consultazione e del dialogo – principi generali e standard minimi per le consultazioni delle parti interessate a parte della Commissione*", *Comunicazione*, 2002, p. 704, def. del 11 dicembre 2002 – ma forma oggetto di specifico interesse anche da parte della letteratura politologica: cfr. sul punto, H. J. Blande, *Government e Governance nel ventunesimo secolo, aspetti giuridici e politici dei nuovi modelli di direzione*, in *Teoria del diritto e dello Stato* 2/2003 p. 89, nonché F. Bignami, *Tre generazioni di diritti di partecipazione*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, spec. pag. 103 e ss., *Riv. trim. dir. pubb.*, Quaderno n. 1.

²⁹¹ Cfr. Comunicazione della Commissione del 11 dicembre 2002 cit. pag. 11.

²⁹² I due aspetti sopra descritti, vanno ravvisati, a mio parere, precipuamente nella modalità di coinvolgimento della società civile che la Commissione, nella propria comunicazione definisce *consultazione*. Viceversa, l'ulteriore forma ivi indicata, e cioè la co-regolamentazione, integra una modalità di partecipazione per la quale sono le stesse associazioni che, su questioni di minore rilevanza e che, comunque, riguardano interessi settoriali della realtà economico-sociale, provvedono ad attuare la legislazione di base, adottando, principalmente, codici di condotta. È discutibile, perverso, che anche tale co-regolamentazione costituisca espressione della *Governance* attraverso la società civile, atteso che la Commissione si limita ad un ruolo di supervisione, preferendo piuttosto una *deregulation* e comunque una de-burocratizzazione della disciplina.

emanate democraticamente, che abbiano predeterminato un interesse pubblico da perseguire.

In altri termini, le ragioni di politiche orientate alla costante consultazione della società civile trovano il loro fondamento nell'assenza della predeterminazione *ex lege* di un interesse pubblico e nel sovraccarico di compiti regolativi affidati alle Istituzioni comunitarie.

È cioè in una doppia crisi del diritto regolativo – nel senso, dunque, della sua materializzazione e nel senso di crisi della legislazione nazionale a regolamentare problematiche di rilevanza sovranazionale – che va individuato l'aumento di compiti di regolazione rimessi all'amministrazione comunitaria, ed in particolare, alla Commissione Europea.

Si tratta di un aumento che, non essendo assistito dalla garanzia di una legge formale, impone, contestualmente, per dirla con Habermas²⁹³, l'introduzione di filtri di legittimazione dei poteri così esercitati, attraverso la istituzionalizzazione di procedure che possano legittimare *ex ante* le decisioni da assumersi.

Sul punto, occorre intendersi. Con quanto precede, infatti, non si vuole certamente dire che le iniziative della Commissione abbiano materializzato l'affermarsi di una piena democrazia partecipativa, né che i meccanismi individuati per procedere ad un rafforzamento del legame con la società civile siano immuni da contraddizioni. È appena il caso di ricordare che se la partecipazione è avvertita dalle Istituzioni comunitarie come fattore incidente sulla qualità, la pertinenza e l'efficacia delle politiche dell'Unione, dalla elaborazione fino alla esecuzione, con correlativo aumento della

²⁹³ J. Habermas, *Fatti e Norme*, cit. pag. 521 e ss.

fiducia nel risultato finale²⁹⁴, non di meno la Commissione avverte che la selezione dei differenti punti di vista, esplicitati dalla società civile a seguito della consultazione, costituisce una decisione politica che la Commissione stessa adotta in piena autonomia e che, in ogni caso, le regole minime fissate nelle proprie comunicazioni non costituiscono obblighi legali vincolanti.

Sotto altro profilo, peraltro, la definizione dei meccanismi di consultazione appare incerta anche per ciò che riguarda il grado di rappresentatività delle associazioni della società civile che partecipano e di quelle i cui contributi vengono presi in considerazione²⁹⁵.

Viceversa, un significativo sviluppo del dibattito intorno alla *Governance* attraverso la società civile deve essere ravvisato proprio nella adozione della Costituzione europea²⁹⁶.

²⁹⁴ Cfr. Libro Bianco sulla Governance cit., p. 56.

²⁹⁵ Fermo restando che, sulle proposte della Commissione successive alla consultazione, quest'ultima è tenuta, in uno specifico memorandum allegato alla proposta stessa, ad indicare le risposte ricevute e, presumibilmente, le motivazioni per le quali esse non vengono ritenuti incidenti sulla proposta.

²⁹⁶ Nella versione consolidata della Costituzione Europea, stabilisce l'art. I- 47, rubricato "*Principio della democrazia partecipativa*" che: "1. Le istituzioni danno ai cittadini ed alle associazioni rappresentative attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le Istituzioni dell'Unione mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e con la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. 4. Cittadini dell'Unione, in mero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati Membri, possono prendere l'iniziativa di invitare la Commissione, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengano necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione della Costituzione. 5. La legge europea determina le disposizioni relative alle procedure e alle condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini, incluso il numero minimo degli Stati Membri da cui devono provenire".

La lettura del testo costituzionale suggerisce una prima importante considerazione e cioè che l'opzione per il modello di democrazia partecipativa non risulta assoluto ed esclusivo. La stessa, infatti, si affianca, ma senza sostituirla, alla tradizionale democrazia rappresentativa. I classici istituti delle consultazioni elettorali ovvero dei partiti politici non sono soppiantati dalla reviviscenza di una *democrazia ateniese* ma, piuttosto, convivono con un nuovo modello di cittadinanza attiva. A quest'ultima, peraltro, nel tessuto costituzionale, è dato uno spazio ben più ampio rispetto a quella introdotta dalle comunicazioni della Commissione europea. E ciò sia per quanto riguarda l'aspetto soggettivo sia per quanto riguarda quello oggettivo. Ed infatti, per un verso, lo strumento della consultazione trova ingresso in relazione a tutte le Istituzioni comunitarie; per altro, invece, esso non è confinato alle specifiche materie su cui, discrezionalmente, la Commissione riteneva necessario aprire un dialogo ed un dibattito.

Piuttosto, l'iniziativa e la partecipazione attiva della cittadinanza europea viene estesa, almeno potenzialmente, a tutte le questioni: il che mi pare sintomatico di una diversa concezione dello stesso *privato*, il quale, pur non sottraendo al decisore pubblico il potere decisionale, non di meno vede valorizzata fortemente la propria dimensione di soggetto capace di attendere al bene pubblico.

La Costituzione presceglie, dunque, una strada diversa da quella individuata dalla Commissione nelle sue precedenti comunicazioni: il principio di democrazia partecipativa non è più e soltanto un surrogato dei processi decisionali parlamentari²⁹⁷, ma rappresenta – almeno in linea di principio²⁹⁸

²⁹⁷ Cfr. sul punto, Comunicazione della Commissione del 11 dicembre 2002 *cit.*

- uno strumento *equiordinato* agli stessi e nella disponibilità di tutti gli europei. La cultura del dialogo che dapprima la Commissione aveva previsto come episodica diviene oggi “*continua*”²⁹⁹. Peraltro, se non si dubita della necessità che la disposizione costituzionale sul principio della democrazia partecipativa non venga interpretata come l’ennesima panacea che rimargini ogni deficit di democraticità o di legittimazione, e se non si dubita neppure della necessità di strumenti e di disposizioni di dettaglio che ne precisino e rendano effettivo il contenuto, neppure può archiviarsi l’introduzione del principio come di modesta rilevanza.

In questo senso, non ritengo condivisibile l’affermazione di quanti rilevano che “*il diritto alla trasparenza, se sostenuto da adeguate risorse è determinante e che, per il momento, solo la trasparenza riesce a garantire la buona amministrazione a Bruxelles*”³⁰⁰: affermazione quest’ultima, pur fondata sul presupposto condivisibile, e ragionevolmente argomentato, per cui l’affermazione di un diritto alla consultazione postulerebbe una visione liberale pluralista della rappresentanza e della politica che, allo stato, non è veramente europea.

²⁹⁸ L’osservazione si impone sussistendo, infatti, il ragionevole dubbio che la disposizione che occupa rientri tra quelle che, come osservato da F. Bignami *op. cit.* pag. 12,0 hanno natura programmatica, non costituendo una base legale funzionale ad invalidare le decisioni pubbliche.

²⁹⁹ L’espressione è ricavata dalla nota opera di S. Rodotà *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma – Bari, II Edizione, 2004, pag. I e ss., dove l’espressione è utilizzata con riferimento alla democrazia che le tecnologie della comunicazione dovrebbero consentire. Tale democrazia, in altri termini, poiché non si risolve nell’intermittente espressione della volontà dei cittadini, quale si verifica nella Democrazia diretta ovvero nella stessa Democrazia rappresentativa (ad esempio, con la chiamata alle urne e la votazione), è giudicata, viceversa, costante. Analogamente, la Democrazia partecipativa, almeno nelle intenzioni della Costituzione Europea, si candida anch’essa ad una potenziale continuità, perché prevista senza limitazioni di oggetto ovvero di titolarità soggettiva, attiva o passiva.

³⁰⁰ F. Bignami, *op. cit.*, pag 123.

In senso contrario, pare si possa affermare che una compiuta declinazione del paradigma rappresentativo europeo potrebbe essere ragionevolmente favorito proprio da siffatta innovazione.

Ma più di tutto, si ha premura di rimarcare come la partecipazione che la trasparenza consentirebbe ha rilevanza, esclusivamente, nell'ottica informativa e non già comunicativa³⁰¹.

Non pare, infatti, che un mondo istituzionale completamente trasparente, reso tale attraverso l'ausilio delle tecnologie dell'informazione³⁰² possa contribuire alla libera formazione della propria identità da parte del cittadino europeo, laddove quest'ultimo venga riguardato come *individuo* parlante e relazionale.

Piuttosto, come è stato avvertito, si perverrebbe ad una “*identificazione tra il giusto ordine sociale e l'eliminazione degli ostacoli della comunicazione* [...]”³⁰³ in cui, tuttavia, in nome dell'abbattimento di una malvagia entropia informativa, la trasparenza, proiettata sulla macchina istituzionale comunitaria, imporrebbe che della stessa tutto si sappia e tutto si veda.

Ed infatti, è certo che, nella prospettiva oggetto di contestazione, l'equazione tra giusto ordine sociale ed eliminazione degli ostacoli alla comunicazione, sopra segnalata, apre alla trasformazione “*di ogni essere in*

³⁰¹ Sulla distinzione tra informazione e comunicazione, specie nell'ottica delle relazioni che si determinano nell'*infospazio*, cfr. A. Punzi, *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino 2003, pagg. 373 e ss.

³⁰² Il rilievo si impone in quanto, come è noto, a seguito dello scandalo della Commissione Santer, le Istituzioni comunitarie hanno prepotentemente puntato su una politica di trasparenza, da attuarsi anche attraverso l'ausilio delle tecnologie della informazione e della comunicazione quale strumento per implementare la democraticità delle Istituzioni stesse agli occhi di tutti i cittadini europei. Su tali aspetti cfr. M. C. Statella, *Trasparenza, informazione ed apertura. Il Trattato di Amsterdam e i diritti degli individui nel procedimento di formazione degli atti comunitari. Il ruolo dei comitati e la comitologia*, in *Trasparenza, riservatezza, impresa*, Torino 2001, pp. 55-88.

³⁰³ A. Punzi, op. cit., p. 375.

una efficiente e trasparente macchina informativa”³⁰⁴, nella quale, tuttavia, all’individuo non solo è preclusa l’azione, ma la stessa reazione.

In tale cornice di riferimento, pur essendo indiscutibilmente necessaria, non credo che la trasparenza e l’accessibilità all’informazione possa fondare, in maniera esaustiva, l’esigenza di una cittadinanza europea attiva.

Viceversa, la rilevanza della costituzionalizzazione del principio di democrazia partecipativa, quale strumento funzionale a garantire la buona amministrazione in senso lato - ovvero il *decision making* amministrativo che non interessi un singolo destinatario ma concerna, propriamente, programmi decisionali aperti - si coglie con riguardo alla circostanza che essa fa proprie, in larga misura, le tradizioni nazionali di Paesi avvezzi all’*open Governance e Government* (i Paesi Scandinavi su tutti).

Il che lascia presumere l’estensione di più intense politiche partecipative anche a nazioni, quali l’Italia, in cui il diritto di partecipare al *policy making* e al *decision making* è limitato solamente a determinate tipologie procedimentali.

Come si vede, conclusivamente, la dimensione comunitaria offre interessanti elementi di riflessione sulla rilevanza della partecipazione dei cittadini nel farsi della buona azione amministrativa, in senso stretto e in senso lato, incoraggiando il coinvolgimento del destinatario delle decisioni nella formazione di queste ultime.

³⁰⁴ Cfr. A. Punzi, *op. cit.*, pag. 402.

2 E-GOVERNMENT, E-DEMOCRACY: L'INFRASTRUTTURA DELLA PARTECIPAZIONE.

Precedentemente si è posto in evidenza come a livello comunitario sia invalsa la consapevolezza della necessità di guardare alla società civile, agli amministrati, non più come ad un ostacolo, ma come ad una risorsa. È sempre più visibile cioè la valorizzazione di una cultura del dialogo tra detentore e destinatario che possa ragionevolmente determinare un'inclusione degli interessati nei processi decisionali politici ed amministrativi.

Si assiste, dunque, all'istituzionalizzazione di pratiche che favoriscono il rapporto dialogico tra pubblico e privato così da dar vita a nuove forme di legittimazione dell'esercizio del potere.

Ed in tale prospettiva, in applicazione dei principi di sussidiarietà orizzontale e verticale, analoghe iniziative sono già da tempo adottate all'interno dei singoli Stati Nazionali, sul presupposto, assolutamente condivisibile, che, in base ad un principio di prossimità, la maggiore integrazione tra Stato e Società possa realizzarsi a livello locale, favorendo con ciò la cultura del dialogo e dell'inclusione³⁰⁵.

Nel paragrafo che precede, inoltre, si è accennata alla distinzione concettuale intercorrente tra informazione e comunicazione. Tale distinzione, oggetto di costante attenzione da parte sia dei filosofi del diritto sia dei giuristi positivi³⁰⁶ allorché si tratti di valutare costi e benefici degli

³⁰⁵ In tale senso F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, op.cit., raccorda i principi di sussidiarietà con la dimensione della cittadinanza attiva.

³⁰⁶ L'importanza della comunicazione pubblica, in un senso distinto dalla informazione al pubblico, ha condotto autori da tempo impegnati sul versante dello studio delle relazioni intercorrenti tra cittadini e pubblica amministrazione, a ritenere che la comunicazione rappresenti una funzione amministrativa in senso stretto ed in senso proprio: affermazione

effetti prodotti dalla nascita della società in rete³⁰⁷ e, più in generale, il sistema di relazioni quale si instaura nella società dell'informazione e della comunicazione, ci introduce nel dibattito concernente l'incidenza delle nuove tecnologie sull'organizzazione amministrativa e sul suo funzionamento.

In questa sede, dando per acquisiti i termini generali del problema, vorrei analizzare alcune profili specifici che riguardano l'effettiva capacità delle nuove tecnologie della comunicazione e della informazione di permettere una reale partecipazione e, in particolare, la misura in cui quelle tecnologie sono, concretamente, in grado di implementare la partecipazione dei cittadini ed in generale dei destinatari delle decisioni amministrative: in altre parole, sulla relativa capacità di produrre legittimazione socio - politica e buona amministrazione.

In termini più generali, della discussione apertasi sul tema, è ormai nota la contrapposizione tra cyber-ottimisti e cyber-pessimisti, ovvero tra cyber-integrati e cyber-apocalittici³⁰⁸: contrapposizione che divide le tesi di quanti fanno dell'Internet, della rete delle reti, il Santo Graal destinato a portare un mondo di trasparenza e democrazia diretta, da quelle che, viceversa,

questa che trova negli sviluppi normativi - a partire dalla L. 150/2000, istitutiva degli Uffici relazioni con il pubblico - una importante conferma. Cfr. AA.VV. *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2004. Si segnalano, al riguardo, i contributi di G. Arena e M. Bombardelli.

³⁰⁷ L'espressione risale al noto e fondamentale Studio di M. Castells, *La nascita della società in rete*, Milano, 2002: testo che fa parte della altrettanto nota trilogia *L'età dell'informazione*, di cui Castells è autore e che risulta completata da *Volgere di Millennio*, *op. cit.* e *Il potere dell'identità*, Milano 2002. dello stesso Autore si segnala da ultimo *La città delle reti*, Collettaneo in cui vengono raccolte alcune lezioni tenute dal Professore di Berkley, dove si focalizza l'attenzione sul rapporto tra urbanistica, reti e città digitali.

³⁰⁸ Sul punto, si segnala una rassegna delle posizioni principali pro e contro rivoluzione digitale, contenuta in un articolo di M. Sirimarco, *Tra apocalittici ed integrati: spunti di riflessione sul rapporto uomo - internet*, in *Parola chiave: informazione*, a cura di A. C. Amato Mangiameli, Milano 2004.

avvertono la preoccupazione dell'incipiente deriva telecratica che risolverà le tecnologie della comunicazione in tecnologie del controllo.

*“La tecnica si introduce nel vivente. È in un certo modo realizzato il sogno futurista di Marinetti: l'uomo si alimenta di tecnica, non soltanto di chimica, come chimica degli alimenti, ma di tecnica di micro-macchine”*³⁰⁹.

Con ciò Virilio riassume la negativa incidenza delle tecnologie dell'informazione sulla condizione umana di cui determina lo svuotamento dei tratti caratteristici che ne fanno soggetto di conoscenza. Non sarebbe, infatti, più l'uomo che va incontro all'evento ma, piuttosto, è l'evento che penetra nell'uomo.

In un senso non diverso, tale negativa influenza dovrebbe essere riguardata in relazione alla dimensione socio - politica dell'uomo. Se, infatti, apparentemente la tecnologia si rivela prodiga di promesse per abbattere l'efficienza declinante delle Istituzioni tradizionali e dei simboli della democrazia rappresentativa, una più ragionata riflessione non tarda a palesare che *“dietro la propaganda libertaria per una democrazia diretta, in grado di rinnovare la democrazia rappresentativa dei partiti politici si installa [...] l'ideologia di una democrazia automatica in cui l'assenza di deliberazione sarebbe compensata da un automatismo sociale simile a quello del sondaggio di opinione o della misurazione dell'auditel della televisione [...]”*³¹⁰.

Eppure, nella seconda edizione di *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, apparsa nello stesso anno di pubblicazione del lavoro di

³⁰⁹ P. Virilio, *La velocità assoluta*, in *Mediamente.rai.it*, del 25.06.2003.

³¹⁰ P. Virilio, *La bomba informatica*, Milano 2000, pag. 103, cit. da Mario Simmarco, *op. cit.*, pp. 279-280.

Virilio, Frosini confermava una diversa prospettiva, rilevando che “*con la creazione dei nuovi sistemi di trasmissione nelle comunicazioni di massa, per le quali l’utente può farsi parte attiva e diventare interlocutore con il centro di trasmissione si è aperta una nuova prospettiva sociale e politica: la telematica consente la consultazione di masse popolari in forma immediata e ripetibile consente altresì di stabilire un dialogo tra il centro e la periferia in forma di circuito informatico; consente dunque la realizzazione di una nuova democrazia partecipativa che si può definire come nuova democrazia di massa, a differenza delle democrazie di natura oligarchica, anche questo è un nuovo aspetto della libertà informatica nella quale trova espressione l’antico sentimento di libertà*”³¹¹.

Ora, mi pare indiscutibile che posizioni tanto diverse dimostrino una medesima consapevolezza.

Si è, ormai, arrivati ad un punto di non ritorno e, con ogni probabilità, il *discrimen* tra una visione pessimistica ed una ottimistica del ruolo giocato dalle tecnologie dell’informazione nel mondo contemporaneo e nei multiformi aspetti in cui questo ne viene coinvolto, non è definibile *a priori* ma è piuttosto legato alle concrete modalità di utilizzazione delle stesse³¹².

Nelle potenzialità delle nuove tecnologie si annidano consustanziali ambivalenze e contraddizioni, promesse di libertà e di partecipazione così come pericoli di controllo e di esclusione, di talché è solo l’assenza di fiducia nelle capacità della ragione di discernere il giusto dall’ingiusto che

³¹¹ V. Frosini, *Il giurista e le tecnologie dell’informazione*, II ed., Roma, 2000, p. 190.

³¹² Il che ci induce a riflettere se, attraverso una apposita disciplina che in S. Rodotà è rappresentata dalla c.d. “*Costituzione per internet*”, sia sufficiente discernere il giusto dal non giusto, come sembra suggerire A. Punzi, *op. cit.* p. 377, al fine di risolvere in senso, umanizzante anziché distruttivo, il potenziale legato “*alla crescente simbiosi tra l’uomo e la macchina*”.

ci consegna visioni radicali oggi, in un senso o nell'altro, inaccettabili, ancorché entrambe possibili.

Una visione ragionevolmente distaccata, ancora, può consentire di mettere congruamente a fuoco il carattere più *virtuale* che *reale* di alcuni apocalittici punti di vista, come quello che ritiene già compiutamente realizzata una democrazia populistica.

Sul punto, osserva Rodotà³¹³, che, *“ci si avvede che le variegata possibilità offerte dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, trasformano la politica anche in forme assai diverse dall'espansione della possibilità di partecipazione, aprendo, invece, le porte, a processi di manipolazione e di controllo, al potere di gruppi ristretti. La congiunzione tra estrema personalizzazione e uso crescente delle tecnologie per una comunicazione diretta tra leader e cittadini sta configurando una forma politica congeniale alla democrazia plebiscitaria, al populismo del nostro tempo. Convivono fianco a fianco tecnologie della libertà e tecnologie del controllo”*.

In tale prospettiva, come si può agevolmente comprendere, si trovano accomunate preoccupazioni che, distintamente considerate, vantano ciascuna una propria specifica autonomia. Altro è, infatti, la possibilità che il potere si concentri nelle mani di pochi, altro ancora è che, la rete in quanto tale, si configuri come strumento idoneo a realizzare una democrazia plebiscitaria.

³¹³ S. Rodotà, *Tecnopolitica, op. cit.*, p. VI. Il richiamo alla seconda edizione dell'opera appare significativo in quanto la stessa, rispetto alla prima edizione, si arricchisce dell'Introduzione in cui, affrontando questioni tipiche dell'ultima fase di evoluzione delle dinamiche tecnologiche, sociali, economiche e politiche ingenerate dall'utilizzazione delle tecnologie informatiche, l'Autore affronta specificamente il tema dell'E Government, ossia del cd. governo elettronico.

Personalmente, non credo che tale aspetto colga compiutamente nel segno. Studi compiuti negli Stati Uniti – dove il discorso dovrebbe farsi più realistico in ragione di una maggiore disponibilità di dati dovuta all’antiorità dell’esperienza digitale – hanno evidenziato, infatti, che “*i partiti politici vanno sul web per una sorta di consuetudine e, durante le campagne elettorali, i loro candidati o i loro facenti funzioni, si presentano in internet come per espletare un dovere. Ciò nonostante, televisione, radio e giornali rimangono i mezzi di informazione preferiti*”³¹⁴.

In altre parole, se oggi si assiste non raramente ad affermazioni populistiche di soggetti e/o uomini politici, lo si deve, probabilmente, ai tradizionali Media, televisione e carta stampata su tutti, ma non alla rete. I politici – come gli amministratori, specie quelli che governano le comunità locali – preferiscono, dunque, tentare di corroborare la propria leadership e di dar vita allo strisciante personalismo mediatico, puntando sui mezzi di comunicazione *uno a molti*, piuttosto che su quelli *molti a molti*. Si vuole solo dire che alcune delle perplessità che apocalitticamente si riversano sull’utilizzazione di internet da parte dei cyber-pessimisti, avrebbero piuttosto ragion d’essere a proposito di quei *media* – televisione e carta stampata – che difettano dei caratteri dell’interattività. Analogamente, e senza volere enfatizzare il *non luogo* delle reti telematiche come proscenio di libertà, neppure può trascurarsi l’aspetto, più volte messo in evidenza, per cui movimenti sociali – cui spesso i tradizionali media precludono la possibilità di esprimersi – trovano nella rete il luogo ideale attraverso cui veicolare valori ed idee.

³¹⁴ M. Castells *Galassia internet*, Milano, 2001, p. 150 e ss. e letteratura ivi citata.

Le reti, infatti, si sono dimostrate e si dimostrano, molto spesso, come il luogo più idoneo per l'affermazione dei movimenti sociali. Così è accaduto, per esempio, per il movimento zapatista in Messico, per i no global a Seattle, e per molteplici esperienze anche nostrane³¹⁵.

Certo, contestualmente, neppure si può negare che, in quanto *luogo aperto*, la rete si presti alla diffusione di idee e di movimenti terroristici, per esempio, ovvero ponga enormi problemi di difesa e di sicurezza rispetto agli attacchi degli hackers.

Trascurando, tuttavia, l'analisi di ragioni che, oggettivamente, militano pro e contro la diffusione delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione, ben si può dire che una proprietà non controversa delle reti telematiche è costituita dalla capacità di fare circolare informazioni e di consentirlo rapidamente.

In tale prospettiva, dunque, se effettivamente una delle ragioni che conduce a guardare con un certo disfavore alla partecipazione del cittadino – tanto ai procedimenti decisionali amministrativi che lo riguardano, quanto a quelli che, più in generale, lo coinvolgono nell'esplicazione della sua dimensione sociale – è costituita dalla necessità che il *sistema* amministrazione conservi la propria efficienza, allora non può disconoscersi che, a proposito dell'organizzazione dell'amministrazione pubblica e delle relazioni che questa intrattiene con il destinatario delle decisioni, l'utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione acquisti una rilevanza assolutamente strategica.

³¹⁵ Cfr. M. Castells, *Galassia...* cit., pp. 137 e ss.

In *Procedimenti giuridici e Legittimazione sociale*³¹⁶, Luhmann evidenzia, costantemente, come ai procedimenti amministrativi non possa riconoscersi alcuna funzione di legittimazione sociale, soprattutto perché una tale funzione postulerebbe l'ingresso del punto di vista dei partecipanti all'interno del procedimento. Il che, tuttavia, prosegue Luhmann³¹⁷, è razionalmente impossibile perché tale attività “*sarebbe troppo dispendiosa*”.

Peraltro, come si è cercato di dimostrare precedentemente³¹⁸, sono le stesse presunte ragioni di efficienza e celerità dell'azione amministrativa che hanno giustificato, per quanto concerne l'Ordinamento italiano, una riforma della legge generale sul procedimento amministrativo nel senso di un drastico ridimensionamento dell'apporto collaborativo del privato³¹⁹.

Alla luce di quanto precede, dunque, non c'è da stupirsi, allora, che “*l'esperienza degli anni recenti mette in evidenza che la sfera della politica è investita dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione soprattutto nella dimensione dell'E Government [...] si tratta, come ben si vede, di dinamiche che rispondono a logiche diverse: [tra cui, massimamente] l'efficienza [...]*”³²⁰.

E, in effetti, come si vedrà nel paragrafo che segue, la dimensione dell'E-Government ha rappresentato un punto centrale delle politiche europee per lo sviluppo della società dell'informazione con immediate e rilevanti ricadute nell'ordinamento italiano. Il Governo elettronico, infatti, agisce a

³¹⁶ N. Luhmann, *Procedimenti Giuridici e legittimazione sociale*, op cit., spec. pp. 207- 226

³¹⁷ *Ivi* p. 217, cfr., in particolare, nota n. 21.

³¹⁸ Cfr., in particolare, Cap. I.

³¹⁹ Con conseguente, presumibile, delusione di quanti avevano visto nelle originarie previsioni legislative (L. 241/90) il superamento di una concezione anomica del privato.

³²⁰ S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 13.

livello “locale” e viene costantemente proposto come il rimedio per garantire, ad un tempo, partecipazione senza sacrificare efficienza.

3 E-GOVERNMENT: LA TRASFORMAZIONE DEL CITTADINO IN CLIENTE?

La realizzazione della società dell’informazione ha costituito, soprattutto negli ultimi dieci anni, una parola d’ordine delle principali politiche settoriali promosse a livello comunitario.

In tal senso, già il programma *Promise*³²¹ si strutturava in un insieme di azioni preordinate ad incentivare la nascita di una società europea dell’informazione attraverso una costante opera di sensibilizzazione circa l’efficienza garantita dai servizi informatici.

A tale iniziativa, come è noto, ha fatto seguito il Piano *eEurope – Una Società dell’informazione per tutti*, adottato in occasione del Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2002. Non meno noti, peraltro, gli standards che l’azione mirava a conseguire: creare una cultura digitale, intesa come conoscenza ineliminabile di tutti gli europei; utilizzazione delle tecnologie della comunicazione e dell’informazione ai fini dell’educazione scolastica (*E-Learning*); automatizzazione delle pubbliche amministrazioni ed utilizzazione da parte di queste ultime di politiche funzionali a garantire l’accesso on line alle informazioni, ai servizi ed alle procedure decisionali delle amministrazioni per tutti i cittadini e le imprese.

Analogamente, nel settembre 2000, la Commissione europea pubblicava la comunicazione *Innovation in a knowledge-driven economy* e proponeva

³²¹ Cfr. Decisione del Consiglio europeo del 30 marzo del 1998, in 98/253/CE, GU L. 107 del 7 aprile 1998.

l'adozione del piano *eEurope 2002*: misure, rispettivamente, preordinate a individuare obiettivi comuni per le politiche di rinnovamento dei Paesi membri ed accelerare lo sviluppo digitale negli stessi³²².

Sulla scorta dell'esperienza europea, anche l'Italia ha dato vita a massicci interventi preordinati alla informatizzazione e automatizzazione dell'organizzazione dell'apparato amministrativo³²³. Tutte le misure appena ricordate hanno concentrato sforzi ed iniziative verso il miglioramento dell'efficienza operativa delle amministrazioni pubbliche, per offrire ai cittadini servizi migliori, integrati e veloci, per consentire agli stessi un accesso rapido e facilitato all'informazione pubblica disponibile in rete. L'interconnessione tra i vari Dipartimenti di governo e l'interoperabilità dei relativi sistemi informativi hanno costituito il fulcro delle iniziative, in aggiunta alla creazione di una rete extranet di livello nazionale volta a rendere disponibile le informazioni in rete fra amministrazioni centrali, periferiche e locali.

³²² A tali programmi sono seguiti *eEurope 2005* e *eEurope 2010* che hanno rispettivamente perseguito il rafforzamento degli obiettivi già programmati ed hanno delineato quelli dell'ormai prossimo futuro.

³²³ Il riferimento è al Piano d'azione per la società dell'informazione del 16 giugno 2000, al Piano d'azione sull'E-Government del 22 giugno 2000 e alle Linee di governo per lo sviluppo della società dell'informazione. In tal senso, dati assolutamente significativi sono stati forniti a seguito della pubblicazione della relazione annuale, relativa all'anno 2003, sullo stato dell'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni. Il rapporto ha tracciato un bilancio delle attività, con riferimento alle Linee Guida del Governo per lo sviluppo della società della informazione nella legislatura, sopra richiamate, e che fissavano per l'anno 2003 dieci obiettivi, solo quattro dei quali sono stati pienamente raggiunti, e, segnatamente: la disponibilità del 40% dei servizi prioritari; il rilascio di un milione di dispositivi di firme digitali; il 40% della posta interna tramite e-mail; 20 milioni di impegni e di mandati elettronici di pagamento. Per i rimanenti sei obiettivi, non pienamente raggiunti, sono stati deliberati interventi aggiuntivi. Le cifre appena riportate rendono agevolmente percepibile il massiccio sforzo economico-organizzativo che l'Italia ha compiuto negli ultimi cinque anni al fine di informatizzare e automatizzare dell'organizzazione dell'apparato burocratico amministrativo. Cfr. E-Gov 5/2003, pp. 26-33.

Completano il quadro di una riorganizzazione complessiva, in senso digitale, degli stessi servizi che l'amministrazione pubblica offre ai cittadini, l'adozione di una *carta di identità elettronica*³²⁴, attraverso cui risulteranno accessibili on-line i servizi messi a disposizione dalle amministrazioni, nonché la *firma elettronica*, con la quale dopo cinquemila anni non si sarà più costretti a sottoscrivere documenti, ma basterà associarli a codici, garantiti da certificatori in grado di attestarne la provenienza e l'intergità³²⁵. Come si vede, in pochi anni, l'attività delle pubbliche amministrazioni è stata informata dall'*ansia* di rimediare alla propria cronica inefficienza, avvertita come forma di involuzione sociale ed economica soprattutto nel nostro Paese.

La digitalizzazione della pubblica amministrazione, dunque, ci promette un futuro pieno di efficienza sia attraverso una complessiva deburocratizzazione degli uffici, sia attraverso la volontà di partecipare al privato il bene dell'informazione, riconoscendogli, per questa via, un pieno diritto all'informazione stessa³²⁶.

³²⁴ La sperimentazione della carta di identità elettronica in Italia ha coinvolto 56 comuni ed ha comportato la produzione di 1,5 milioni di carte di identità elettroniche. La carta di identità elettronica è contemporaneamente un documento di identificazione e la chiave di accesso ai servizi offerti dalla pubblica amministrazione; è, come è stato definito dal sottosegretario del Ministero degli Interni, "lo strumento unificante che garantirà un processo omogeneo, sul territorio nazionale, di quello che possiamo definire *federalismo digitale*". Cfr. E-Gov 7/8 – 2004.

³²⁵ Dovrebbe con ciò materializzarsi la possibilità (poco costosa) di esprimere il proprio voto on line in occasione delle consultazioni elettorali e referendarie. Peraltro, iniziative in questo senso sono già previste in Germania per il 2010, in attuazione del progetto *CyberVote*, mentre siffatta modalità di voto è già altamente diffusa nel settore privato dove il *proxy voting* via internet è consentito agli azionisti di alcune corporations.

³²⁶ Già V. Frosini aveva osservato che "*la richiesta, la produzione, l'offerta, il consumo delle informazioni sono divenute essenziali per la nostra vita quotidiana, e per ciò viene riconosciuto il diritto all'informazione come essenziale per la società tecnologica*". Cfr. V. Frosini, *Informatica diritto e società*, II ed., Milano 1992 p. 292

In altri termini, sembra che la trasparenza e l'efficienza formino l'oggetto dello scambio proposto dai decisori ai destinatari come fonte di legittimazione della propria azione.

Verso informazione, trasparenza ed efficienza si richiede fiducia.

Anzi, si preferisce, piuttosto, supporre che la prestazione così resa garantisca la controprestazione – fiducia appunto – degli amministrati.

Al riguardo vorrei prendere posizione. Vorrei, in particolare, mettere in evidenza alcune contraddizioni che si annidano in una visione per così dire integralista dell'E-Government, quale mezzo per garantire efficienza e soddisfazione negli Amministrati.

A me pare, infatti, che una determinata visione della funzione del c.d. governo elettronico non sia immune da dubbi quanto alla sua effettiva capacità di garantire l'integrazione tra Stato e società, tra amministrazione ed amministrati.

Intanto, è discutibile che efficienza corrisponda, sempre, ad efficacia delle decisioni di governo assunte. La prima, piuttosto, sembra assurgere ad un simbolo, ad una immagine che l'amministrazione pubblica mutua dalla logica del mercato. Efficiente è quell'amministrazione che assume rapidamente decisioni, che non frappone ostacoli, non determina inutili dispendi di energie e di tempo, tanto al proprio interno quanto nella relazione con l'*ambiente*.

Sotto il profilo dell'efficienza, il governo elettronico, se malamente inteso, può precludere alla costituzione di un sistema altamente specializzato volto alla ottimizzazione dei propri meccanismi di funzionamento e deputato a

soddisfare quantitativamente – e se del caso qualitativamente – la capacità di implementare decisioni.

Ma, per altro verso, un'amministrazione efficiente non per ciò stesso consente l'inclusione dei cittadini nei processi decisionali.

Con questo non si vuole certamente minimizzare significato e portata di un processo capace di liberare i cittadini da adempimenti faticosi migliorandone la qualità della vita e favorendo, a determinate condizioni, lo sviluppo economico di territori spesso depressi.

Il problema, piuttosto, consiste nello stabilire se, a fronte della promessa di un futuro pieno di efficienza, ai cittadini non venga *“occultato un presente in cui si moltiplicano gli strumenti di controllo sempre più invasivo e capillare. Sembra quasi che si stiano costruendo due mondi non comunicanti e che E - Government, l'Amministrazione elettronica, possa evolversi senza tenere conto della temporanea compressione di diritti individuali e collettivi, motivata con esigenze di efficienza e di sicurezza. Non a caso ci si riferisce agli amministrati definendoli clienti e si adoperano formule tratte dal linguaggio imprenditoriale come customer satisfaction dove il cittadino scompare dietro il puro consumatore di servizi”*³²⁷.

Quello paventato da Rodotà non è uno scenario troppo lontano da quello che, oggi, una visione auto-referenziale ed auto-realizzativa - piuttosto che di mero supporto - delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione applicate alla pubblica amministrazione, ci sta proponendo.

³²⁷ S. Rodotà, *ult. op. cit.*, p. XIV.

Sembra, infatti, che la rinnovata centralità del cittadino quale concetto portante dell'organizzazione amministrativa comporti una evoluzione dell'attività amministrativa che fa leva, piuttosto, sulla creazione di servizi e di utilità, invece che di opportunità, che si affiancano alle tradizionali attività certificative.

I tradizionali dati demografici a disposizione dell'amministrazione non vengono più considerati sufficienti: appaiono, dunque, indispensabili dati su mobilità, orari, tecnologie, consumi. Emerge, così, un approccio alle relazioni tra cittadini e pubblica amministrazione del tipo *one to one*, al fine di conoscerne caratteristiche, bisogni, preferenze.

Fa apparizione, nel settore pubblico, il *customer relationship management*, il cui unico obiettivo è proporre la giusta offerta, nell'occasione più indicata e attraverso il canale più adatto³²⁸. In tale ottica, l'importante pare essere, dunque, il miglioramento delle relazioni con i *clienti/utenti*, attraverso una riorganizzazione dei servizi sulla base di aspettative ed esigenze reali.

Non è più così lontana una logica tipicamente imprenditoriale.

In quest'ultima, misurare la soddisfazione del cliente assolve alla funzione di determinarne una fidelizzazione per collocare nuovi prodotti, creare opportunità di profitto e di ritorno dell'investimento. Del pari, l'applicazione della stessa logica nel settore delle amministrazioni pubbliche

³²⁸ Una indagine condotta da Accenture del 2003, denominata *E-Government leadership engaging the customer*, sulla diffusione, a livello mondiale, dell'E-Government - condotta tra il 07 e il 22 gennaio 2003 e realizzata attraverso interviste a più di 140 responsabili di pubblici servizi in Nord America in Asia come in Europa - ha evidenziato, come le pubbliche amministrazioni tendano ad essere orientate a considerare il cittadino come *utente/cliente*, ponendo nella scala di priorità la soddisfazione di quest'ultimo nella fruizione dei servizi offerti, anziché il contenimento dei costi. Ed infatti, ben il 93% degli intervistati ha indicato come fattore guida per lo sviluppo dei servizi on line nella pubblica amministrazione "*l'aumento della soddisfazione del cliente*", mentre solo 51% ha optato per la "*pressione sulla riduzione dei costi*". Cfr. E-Gov 7/8 del 2003 pp. 25-27.

potrebbe preludere, non già all'attuazione del *governo migliore*, quanto, piuttosto, ad una fidelizzazione dello stesso cittadino rispetto al marchio pubblico³²⁹, funzionale a collocare non nuovi prodotti bensì nuove decisioni. Il cittadino non avrebbe più bisogno di partecipare al governo pubblico, proiettando la propria vitalità e capacità progettuale nella costruzione della decisione e del bene pubblico stesso, cioè la propria libertà attiva.

È lo statuto stesso della cittadinanza, nei termini del diritto-dovere di partecipare al governo del proprio Paese, anche direttamente, e dell'adempimento dei propri doveri verso la comunità anche per la realizzazione del proprio diritto ad un pieno e libero sviluppo della sua personalità³³⁰, ad uscirne svuotato, in nome della creazione di un modello tipico e precostituito di cittadino di cui si creano bisogni, aspettative, esigenze.

All'orizzonte si dischiude la prospettiva di un complesso di decisioni e programmi decisionali preconfezionati per soddisfare un prototipo di cittadino costruito *a tavolino* attraverso la raccolta delle più svariate informazioni che ne delineino i profili ideali, salvo poi indurre gli stessi, producendo una massificazione ed una *omogeneizzazione civile*.

Ma la fidelizzazione potrebbe avere l'ulteriore effetto di soddisfare solo quei modelli di *clienti* presso i quali è possibile allocare nuovi prodotti

³²⁹ In questa prospettiva, la marca pubblica è vitale per la amministrazione nelle strategie di attrazione e fidelizzazione del cittadino/cliente, in quanto solo ciò che è riconoscibile può essere identificato e ricercato dal cittadino. Lo sviluppo del marchio, allora, diventa leva del consenso e della fiducia che il cittadino/cliente ripone nella amministrazione pubblica e di cui l'amministrazione pubblica ha bisogno per legittimare se stessa. In questo senso ben si comprende come e perché le amministrazioni pubbliche investano in innovazione e comunicazione risultando le stesse la base per conquistare l'attenzione, la preferenza, la fiducia del cittadino-cliente ed indispensabili per avere ritorni di fedeltà.

³³⁰ Così l'art. 21 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948.

(*rectius* nuove politiche, nuove decisioni), con ciò, tuttavia, acuendo disaffezione ed esclusione di quanti non si riconoscano nel modello costruito dal marketing pubblico.

C'è da chiedersi, allora, se, per questa via e attraverso un siffatto modo – pur possibile - di utilizzo delle tecnologie dell'informazione non si compia anche nel pubblico quello che, mirabilmente, Romano ha descritto a proposito del commercio elettronico: “*gli interventi del marketing puntano ad un obiettivo gerarchizzante: produrre delle figure di consumatore attraverso l'uso di una complessa opera della pubblicità [...] si vogliono produrre figure di consumatori destinati a spendere in modo orientato, predefinito perché pre-calcolabile.*”³³¹

Nel settore pubblico, l'intuizione di Romano determinerebbe l'insussistenza di ogni necessità di rapportarsi, dialogicamente, con i destinatari delle politiche e delle decisioni. Si rischia, cioè, un ulteriore accentuazione dei meccanismi di auto-legittimazione del Sovrano, il quale non avrebbe più necessità di comunicare, misurando la propria capacità politica di *input* ed *output*³³², conoscendo, *a priori*, le decisioni destinate a soddisfare il cliente-cittadino.

Un impiego delle nuove tecnologie della comunicazione, nel senso sopra descritto, determinerebbe, come è evidente, una rinnovata e moderna *sudditanza* del cittadino rispetto all'Amministrazione.

³³¹ Cfr. B. Romano, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001, pp. 31-38.

³³² Per una articolata panoramica dei concetti di capacità politica, di *input* ed *output* in relazione al *decision making*, cfr. A. Lippi, “*Le istituzioni rendono? Considerazioni teoriche per una agenda di ricerca*”, in *Teoria politica*, 1/2003, pp. 101-131.

Il suddito del nuovo millennio e quello della tradizione ottocentesca avrebbero in comune di essere esclusi dai processi decisionali e di essere mortificati nella capacità di soggetti capaci di apprezzare le conseguenze del proprio operato sulla comunità.

Tra loro, tuttavia, gli stessi finirebbero per distinguersi in quanto resi sudditi, gli uni dalla forza, gli altri dalla tecnica. E sotto questo aspetto, l'apparizione di certa letteratura che si rapporta al nuovo cittadino come *cittadino in file*³³³, non può non destare preoccupazioni: nel mentre si richiama la natura e la portata delle nuove tecnologie applicate all'azione amministrativa, evoca, piuttosto, una dimensione *distruittiva* delle stesse e sull'attitudine del cittadino di proporsi come attivo co-amministratore.

Ma, un'ulteriore riflessione va svolta, a mio avviso, anche in relazione alla possibilità che le tecnologie dell'informazione e della comunicazione vengano concepite uni-direzionalmente per garantire, esclusivamente, non solo efficienza, ma anche trasparenza.

In questo senso, è troppo vera per essere smentita la sensazione di un oggettivo processo benefico prodotto dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Una maggiore democraticità dei processi decisionali, infatti, non può certamente prescindere dal fatto che questi siano resi trasparenti.

Ed è credibile pure che sia proprio in relazione alla trasparenza, o almeno alla maggiore visibilità, dell'attività politica e di quella amministrativa, con la diffusione di documenti on line, che le tecnologie digitali hanno già determinato un profondo cambiamento: le informazioni politiche ed

³³³ Cfr. successiva nota 336.

amministrative (leggi e proposte di leggi, regolamenti, relazioni, rapporti) sono più facilmente accessibili e, nel prossimo futuro, nuovi servizi consentiranno di personalizzare tali informazioni, ricevendole automaticamente per posta elettronica dai siti della pubblica amministrazione.

L'immensa disponibilità di informazioni in rete attua una insopprimibile esigenza di trasparenza e, al tempo stesso, sembra rinvigorire il desiderio e la consapevolezza di una responsabilità morale di chi governa.

Ma, anche con riferimento a tale aspetto, c'è da domandarsi se trasparenza comporti, automaticamente, una redistribuzione del potere, nel senso di una maggiore capacità di partecipazione dei privati, tanto alle decisioni che immediatamente incidono sulla loro posizione, quanto a quelle che riguardano scelte più generali, di tipo amministrativo ovvero politico. Infatti, l'ingresso del Sovrano in rete³³⁴ - ove intesa esclusivamente come

³³⁴ Riprendo, trascrivendola, l'espressione di G. Sadun Bordoni, *Il Sovrano nella rete. La democrazia nella società informazionale*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2/2004 pp. 234 e ss., il quale procede ad una interessante comparazione tra una possibile democrazia informazionale e gli altri modelli di democrazia, evidenziando, in particolare, che *“sebbene naturalmente nessuno neghi le potenzialità democratiche di internet e delle ICT, è complessivamente chiaro che le due visioni rivali della democrazia che oggi – dopo il crollo delle democrazie popolari – si confrontano, e cioè la concezione individualistica e quella deliberativa, sono orientate in modo diverso nella valutazione dell'impatto delle nuove tecnologie sulla democrazia: mentre i teorici della scelta razionale vedono in essa il trionfo del consumatore, che potrà letteralmente fabbricarsi il suo menù di informazioni, scegliendo liberalmente, nell'immenso spazio della rete, ciò che più gli aggrada, i teorici della democrazia deliberativa vedono in tutto ciò il disgregarsi di quei filtri, di quelle regole, di quelle istituzioni che, tradizionalmente, le buone democrazie, come quella americana, avevano creato, nella fiducia che l'autogoverno dei cittadini fosse possibile solo attraverso un ragionato ed informato scambio di opinioni e di ragioni, in quel Government by discussion che solo è capace di favorire l'integrazione sociale”*. L'Autore, dunque, si esprime in maniera possibilista – anche se allo stato sostanzialmente contrario a simile evoluzione - rispetto ad un modello di democrazia informazionale già preconizzato da M. Castells, soprattutto alla luce delle inedite capacità espansive delle nuove tecnologie (cfr. pp. 251-252). Faccio mia l'espressione nel testo non tanto per indicare il modello di democrazia informazionale, quanto, piuttosto, per evidenziare la natura completamente

realizzazione della trasparenza - non comporta certamente la creazione di meccanismi includenti il cittadino nei processi decisionali della pubblica amministrazione, ma espone ad un diverso pericolo e cioè ritenere che i processi decisionali pubblici, in quanto trasparenti, siano per ciò stesso *giusti*, legittimi e legittimati.

In altre parole, un tale modo di argomentare potrebbe ingenerare il dubbio che la disaffezione, unanimemente registrata, nei confronti dei centri decisionali, specie amministrativi, possa essere rimarginata rendendo semplicemente *visibile* ciò che si fa.

È agevole scorgere, in tale prospettiva, un più generale pregiudizio dei nostri tempi, legato al c.d. *culto di internet*³³⁵ e, comunque, alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

L'idea di questo *culto* riposa sull'assunto che l'uomo possa trapassare, nella sua dimensione esistenziale, quanto politico- sociale, di là dal proprio corpo, dunque nell'altro. E ciò dovrebbe valere non solo nel rapporto intersoggettivo di uomo – altro uomo ma anche nel rapporto uomo – cosa e in quello, evidentemente, pubblico – privato, cittadini – pubblica amministrazione.

Se il problema politico dell'*infospazio* è oggi costituito dalla cancellazione del confine, prima sussistente, tra proprio ed estraneo, nel senso bidirezionale della penetrazione del Sovrano nei tessuti del corpo, ma – secondo i cultori della trasparenza³³⁶ - da parte dello stesso cittadino

trasparente del Sovrano, quale risulta dal portentoso utilizzo degli strumenti di E-Government.

³³⁵ P. Breton, *Il culto di internet. L'interconnessione globale e la fine del legame sociale*, Torino 2001.

³³⁶ Tra i moltissimi, cfr. M. Milza, *Cittadini in file, Guida all'E-Government*, Alghero, 2003; L. Tivelli, S. Masini, *Un nuovo modo di governare l'E-Government ed il*

nell'inaccessibile *castello* del Sovrano, una riflessione ulteriore potrebbe convincerci che l'apparente equilibrio raggiunto sia, in realtà, assolutamente fittizio nella sua biunivocità.

Essere pienamente informati, infatti, in ordine a quanto viene fatto dall'amministrazione e, in ipotesi, conoscerne altrettanto compiutamente i meccanismi decisionali, non equivale ad incidere sugli stessi.

Anzi, il rischio concreto è che la prestazione informativa che l'amministrazione concede al privato, *aprendo le porte del proprio castello*, rappresenti il fondamento di una rinnovata auto-legittimazione. Quest'ultima – intesa come esclusione di ogni coinvolgimento del privato nella elaborazione ed attuazione dei programmi decisionali - tuttavia presenta tratti nuovi rispetto al passato.

Essa, infatti, dismette le vesti di una scelta autoritativa - riconoscibile perché, senza indugio, paternalisticamente concepita come tale - per indossare quelle di una nuova astuzia *info-politica*.

In altri termini, rendere tutto trasparente significa proclamarsi automaticamente governo buono, che, perseguendo il bene pubblico, nulla ha da nascondere agli occhi dei *cittadini/utenti/clienti*.

Così concepita la trasparenza, si rischia, dunque, di cadere nell'equivoco di riconoscervi un criterio ordinatore della buona amministrazione, così come di ogni altro fenomeno sociale e politico: “*dato che le leggi dell'organizzazione dovrebbero essere le stesse ovunque, il semplice fatto di avere accesso ad una piccola parte dell'architettura dell'Universo ordinato,*

cambiamento della pubblica amministrazione, Roma 2002; L. Tivelli, *Verso una nuova amministrazione: un passaggio complesso*, Roma, 2004.

*nella forma del computer e della rete, può permettere di entrare in simbiosi con il cosmo intero, almeno con la sua faccia luminosa*³³⁷.

Efficienza e trasparenza, e più in generale messa a disposizione del bene informazione, non possono, dunque, essere intese come capaci autonomamente di creare *ordine*, ovvero, per quanto qui interessa, di determinare inclusione dei cittadini nei processi decisionali della pubblica amministrazione con conseguente accettazione delle relative decisioni.

Non è la sola trasparenza e circolazione di informazioni – pur non disconoscendosi che l’informazione è “*la vera chiave dell’odierna società della comunicazione*”³³⁸ – a consentire un superamento del distacco e della disaffezione che i destinatari delle decisioni avvertono rispetto alla Politica ed alla Amministrazione e, soprattutto, a permettere un riequilibrio, in termini democratici, della relazione tra pubblico e privato.

È per questa ragione che gran parte della letteratura che si occupa delle tematiche connesse all’applicazione delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione alla Pubblica Amministrazione, risulta sostanzialmente concorde nel ritenere che gli obiettivi di “*una empowered deliberative democracy*”, di una democrazia cioè fatta di maggiori possibilità di partecipazione dei cittadini sia conseguibile solo attraverso la messa a disposizione degli stessi “*di strumenti elettronici di partecipazione [...] e della stessa possibilità di dar vita ad una e-opposition*”³³⁹. Mentre l’E-government realizza gli obiettivi di razionalizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione, è piuttosto, la c.d. E-Democracy che consente la

³³⁷ Così, criticamente, P. Breton, *op. cit.*, p. 58. Sul tema, cfr. pp. 55-84.

³³⁸ A. Punzi, *op. cit.*, p. 395

³³⁹ S. Rodotà, *ult. op. cit.*, p. XVI

partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici. Significativa, in questo senso, è la definizione che dell'E-Democracy fornisce il report di uno Studio effettuato dall'OCSE nel 2001 sul tema “*Citizens as partners information, consultation and public participation in Policy Making*”³⁴⁰, secondo cui la democrazia elettronica si costituisce di tutti gli strumenti della comunicazione idonei a rafforzare il ruolo dei cittadini nel loro rapporto con i politici, esercitando un controllo sui processi decisionali. A seconda dell'aspetto che si privilegia E-Democracy può essere utilizzata per incrementare la trasparenza dei processi politici, per incoraggiare il coinvolgimento diretto e la partecipazione dei cittadini, per far sviluppare la qualità ed il grado di coinvolgimento dei cittadini a livello di opinione pubblica e per creare nuovi spazi di pressione e di decisione.

È dunque alla democrazia elettronica che saranno rivolte alcune brevi considerazioni.

4 E-DEMOCRACY

Quanto si è detto a conclusione del paragrafo che precede, e cioè che una prospettiva di maggiore inclusione dei cittadini nei processi decisionali richiede che alla politica di e-government si associ quella di e-democracy, sembrerebbe prestarsi ad ingenerare il convincimento che la visione offerta si risolva nell'auspicio che il paradigma tecnologico soppianti i modelli tradizionali di democrazia rappresentativa o deliberativa.

³⁴⁰ Studio reperibile in www.oecd.org/publications/e-book

E, per la verità, è proprio in ciò che va individuata la base concettuale del dibattito attuale in ordine alla natura ed alla funzione della cd. democrazia elettronica.

Può la democrazia elettronica determinare una radicale soppressione delle tradizionali istituzioni della democrazia rappresentativa? La democrazia elettronica, cioè, determina effettivamente la ri-nascita di un'agorà foriera di partecipazione consapevole e diretta da parte degli amministrati? O, piuttosto, si deve ritenere che le tecnologie della comunicazione e dell'informazione siano, più modestamente, un veicolo attraverso il quale indurre una maggiore democraticità nei processi decisionali, combattendo la cronica disaffezione dei cittadini verso le forme della democrazia rappresentativa ed, in genere, della *politica*?³⁴¹

Chi si addentra nelle pieghe della discussione sorta per dare risposta agli interrogativi che precedono, non tarderà a scorgervi la manifestazione di *sentimenti* ed *approcci* diversi rispetto allo stesso potenziale tecnologico: speranza, diffidenza, fiducia.

In realtà, se è dubbia la stessa prospettiva che la rete, in quanto funzionale ad agevolare il contatto dialogico tra i singoli, esaurisca la funzione della comunicazione nei sistemi complessi³⁴², è doveroso chiedersi – in primo luogo - se la formazione di *comunità virtuali orizzontali*, per esempio, non possa generare anche mobilitazioni fisiche e, per questa via, compulsare e

³⁴¹ I fattori comunemente indicati come cause della prospettiva della democrazia elettronica, come sostitutiva delle istituzioni tradizionali, si ravvisano nella sempre più frequente astensione, un senso di apatia verso forme partecipative ritenute non congrue, insofferenza verso i mediatori politici tradizionali – i partiti politici - , l'impossibilità di prendere parte effettivamente ed in forma collettiva alla decisione politica. Su tutti gli aspetti appena delineati, Cfr. S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, *op. cit.*

³⁴² A. Punzi, *op. cit.* p. 394.

dare nuova linfa anche alle pratiche discorsive spontanee cui Habermas, per esempio, affida il consolidamento della democrazia³⁴³.

Al riguardo, in maniera evidentemente critica, si è affermato che “*il pericolo del governo dei custodi, latente in una società complessa, non può quindi per Habermas essere evitato facendo ricorso alla tecnologia, ma ampliando quelle pratiche discorsive che all’interno della società integrano in modo decisivo – pur senza mai abolirlo – l’agire strategico degli individui*”³⁴⁴. Ma, se non si cade in errore, la tesi così prospettata pecca in difetto, in quanto parte comunque dal *preconcetto* – argomentato dal parziale richiamo della nota tesi di Sunstein circa il *rischio di una polarizzazione di gruppo*³⁴⁵ - che la comunicazione che si sviluppa nelle rete sia destinata ad esaurirsi al livello virtuale³⁴⁶.

Non è lo stesso Sunstein a chiarire che “*le nuove tecnologie potranno essere tanto un bene quanto un pericolo nella misura in cui faciliteranno la costruzione di nicchie che permettono la comunicazione di persone con gli stessi interessi e problemi. Attraverso i gruppi di discussione di internet, ad esempio, le persone hanno l’opportunità di parlare di problemi comuni, invece di sentirsi molto isolate e convincersi che la loro condizione sia unica o comunque disperata. Per le persone in questione ma anche per l’intera società*”? Non so se Sunstein utilizzi il sostantivo *pericolo* in una prospettiva per così dire luhmanniana, con ciò individuando nella *creazione*

³⁴³ Cfr. la posizione di J. Habermas, *Fatti ... cit.*, spec. pp. 332-374.

³⁴⁴ G. Sadun Bordoni, *Il sovrano cit.*, p. 244.

³⁴⁵ C. Sunstein, *Republic.com, Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna, 2001. Per le nozioni di polarizzazioni di gruppo e balcanizzazione dell’informazione, cfr. in particolare pp. 69 a 106.

³⁴⁶ Secondo P. Levy peraltro – cfr. P. Levy, *La comunicazione in rete? Universale e un po’ marxista* reperibile sul sito www.mediamente.rai.it/biblioteca - il virtuale è elemento costitutivo dell’umano.

delle nicchie un evento non preventivabile, piuttosto che rientrante nell'ambito del rischio³⁴⁷, e che, al pari di altri, si annida nell'utilizzo delle nuove tecnologie.

Probabilmente no. E, tuttavia, è proprio questo aspetto che ci impone di non riconnettere un eventuale effetto balcanizzante – sempre e per forza – ad un autonomo determinismo/totalitarismo tecnologico. Si dischiude nuovamente, dunque, la insopprimibile necessità di interpretare le diadi rischio/opportunità, balcanizzazione o socializzazione comunicativa, sempre col filtro del *discernimento* e della *determinazione*³⁴⁸ umana.

Balcanizzazione comunicativa oppure capacità di rafforzare uno spazio pubblico, inteso anche nella sua consistenza fisica, non si riannodano intorno ad un paradigma vero/falso.

Si è al cospetto di alternative entrambe possibili, la cui concreta operatività sembra inscindibilmente connessa alla scelta individuale. Non è detto allora che le *virtual communities*³⁴⁹ non ingenerino un processo inverso a quello atteso: dalla virtualità alla realtà, dallo spazio virtuale a quello fisico,

³⁴⁷ N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, p. 118 dove si legge che “*Nel caso del rischio, gli eventuali danni che possono verificarsi in futuro vengono attribuiti alle decisioni e visti come sue conseguenze; queste ultime comportano dei costi, non possono essere giustificate richiamandosi ai vantaggi. Il rischio non dipende né dal tipo di decisione o dal tipo di danno, né dal grado di probabilità o improbabilità del verificarsi di un danno [...] La questione dipende dal grado di sensibilità rispetto alla probabilità e all'ammontare del danno, quindi da costruzioni sociali che sono soggette a influenze temporali [...] esso è tuttavia chiaramente delimitato rispetto a quello rispetto a quello di pericolo, cioè rispetto al caso che i danni futuri non siano affatto visti come conseguenza di una decisione, ma vengono attribuiti all'esterno*”.

³⁴⁸ Cfr. Così A. Punzi, *op. cit.* p. 404, nella sua proposta di superare l'alternativa nichilista?

³⁴⁹ Sulle quali cfr., in particolare, H. Rheingod, *Comunità Virtuali*, Milano 1994. Le *virtual communities* rappresentano il riferimento culturale della dimensione orizzontale della comunicazione, del *computer conferencing*, dello spazio elettronico come luogo “*comunitario*” di aggregazione e discussione.

concorrendo alla formazione, su rinnovate basi, di uno spazio pubblico e linguisticamente costituito³⁵⁰.

In questo senso, partendo dai dati offerti dall'esperienza maturata in questi anni, c'è chi ha posto in evidenza un mondo in cui la realtà è integrata, ma non sostituita, dalla virtualità; in cui, anzi, è l'infospazio, lo spazio cibernetico a rilanciare quello fisico: *“questa esperienza ci mostra una realtà non separata dai luoghi virtuali, manifestazioni che non si esauriscono nello spazio elettronico e sono amplificate, anzi rese “reali”, da tutto il sistema delle comunicazioni”*. Si tratta di un modello, che vede l'integrazione di luoghi e mezzi diversi, e non la cancellazione dei vecchi media ad opera dei nuovi o l'assoluta prevalenza del cyberspazio, ma piuttosto l'emergere di una nuova mixed reality³⁵¹. Così, ad esempio, è poco credibile la realizzazione di uno sciopero in rete. E quand'anche la piattaforma rivendicativa fosse elaborata nello spazio digitale, è ancor meno credibile che la stessa non venga ulteriormente deliberata e discussa nello spazio fisico.

Ma, se solo si resta al piano della comunicazione di tipo orizzontale mediata dal computer, non possono non svolgersi due ulteriori rilievi, peraltro, intimamente connessi.

In tanto, quando la discussione e la deliberazione *comunitaria* è preordinata a rivendicazioni o a proposte – ed anche la polarizzazione di gruppo

³⁵⁰ J. Habermas, *Fatti e Norme*, op. cit., p. 428, spazio nel quale *“gli agenti comunicativi s'incontrano in una situazione da loro stessi creata, interpretazioni cooperativamente negoziate”*.

³⁵¹ S. Rodotà, *Tecnopolitica*, op. cit., p. VII.

teorizzata da Sustain è da intendersi come tale³⁵² - verso le istituzioni politiche ed amministrative, pare ben difficile che l'iniziativa possa tutta consumarsi nella rete.

Ragioni di rappresentatività e di certezza dell'identità degli attori coinvolti - funzionali ad evitare che semplici *nicknames* possano divenire irresponsabili dell'iniziativa - assicurano del fatto che un incontro fisico dei partecipanti, con ogni probabilità, vi sia.

In secondo luogo, poiché le esperienze più significative di comunità virtuali di tipo orizzontale e, al tempo stesso, verticali, si realizzano a livello locale, soprattutto nella forma delle reti civiche, è molto più probabile di quanto si pensi che la formazione di uno spazio pubblico trascenda la rete per acquistare fisicità.

Peraltro, i dati a nostra disposizione confermano che la fase dell'E-Government, destinata a tradursi nell'attuazione di forme di democrazia elettronica, inizierà in Italia non prima del 2010³⁵³. Ciò dimostra che le

³⁵² L'Autore si rivolge, favorevolmente, per esempio, a quelle polarizzazioni che hanno portato alla nascita di movimenti sociali come l'attacco all'Apartheid in Sudafrica, il movimento per i diritti civili negli Stati Uniti.

³⁵³ Particolarmente interessante, lo scenario descritto dalla fondazione Censis nel rapporto *Immaginare oggi la pubblica amministrazione del 2010*, dove si evidenzia che "ancora nel 2010, e non per questioni temporali, non si sarà giunti alla terza fase del piano E-Government, intesa come passaggio dall'E-Government all'E-Governance, ma si punterà ad offrire agli amministratori ed ai funzionari pubblici strumenti per governare, pianificare, monitorare e soddisfare i nuovi bisogni dei cittadini e delle imprese, utilizzando le nuove tecnologie". Ed ancora, riferisce il Censis nel rapporto "nel prossimo futuro i modelli di partecipazione sociale e politica saranno caratterizzati da un utilizzo sempre più ampio della comunicazione diretta con le rappresentanze politiche e sociali e con i cittadini [...] i modelli di partecipazione saranno riformulati proprio sulla scorta della possibilità di potere più frequentemente e più economicamente consultare i cittadini con le forme e modalità che si collocheranno a metà strada tra il sondaggio informale e la votazione formale [...]". Tuttavia, avverte la Fondazione Censis, i politici saranno incapaci di "istaurare un rapporto diretto con i cittadini, ascoltare le loro idee e i loro desideri. Accadrà, piuttosto, che i politici utilizzeranno la rete come punto di riferimento per le loro decisioni: fare politica sarà anche comunicare sulla rete e internet sarà imprescindibile come canale di comunicazione per le campagne elettorali". Cfr. E-Gov 6/2004, pp. 18-25.

forme tradizionali di democrazia sono destinate a sopravvivere ancora a lungo, con buona pace di chi già adesso ritiene aperta una nuova stagione di democrazia diretta ateniese.

Sono forse queste considerazioni che supportano la tesi di chi ritiene che, allo stato, “*non si danno realistiche ed immediate alternative alla c.d. democrazia deliberativa approfondita da Habermas ma non incompatibile con la linea di pensiero di Rawls [...] è in questa ottica che vanno, soprattutto, individuati e resi concreti gli effetti virtuosi della democrazia elettronica, sui tre livelli principali dell’investitura a decidere, della ratifica di decisioni già strutturate e della codecisione*”.³⁵⁴

In altri termini, se appare dubbia l’idoneità delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione ad introdurre una permanente *agorà elettronica*, un’immensa *electronic town hall*, ben può ritenersi che le stesse siano in grado di integrarsi con gli istituti tradizionali, rivelandosi particolarmente incidenti proprio nella dimensione dei processi decisionali amministrativi di livello locale: nella dimensione cioè della c.d. E-Participation^{355 356}.

³⁵⁴ Cfr. P. Costanzo, *La democrazia elettronica*, in *Diritto dell’informazione*, 2003, p. 477, al quale si deve un’utilissima sottolineatura della natura polisensa del termine *democrazia elettronica* e delle implicazioni che derivano dalle diverse accezioni.

³⁵⁵ Sulla innegabile potenzialità democratica di internet e delle ICT e sulla loro capacità di creare le condizioni di una partecipazione più attiva della cittadinanza ai processi decisionali pubblici, concorda anche lo stesso S. Bordoni, *Il sovrano nella rete*, *op. cit.*

³⁵⁶ L’espressione E-Participation – per la quale cfr. R. Nannucci, M.A. Biasotti, *Verso nuove forme di democrazia partecipativa: esperienze, metodologie, prospettive dell’E-Democracy*, in *Informatica e diritto*, 2005 n. 1 p. 88 - dimostra come si tenda sempre più frequentemente a distinguere i diversi aspetti in cui si struttura l’E-Democracy. Si tratta di un vocabolario particolarmente ricco solo se si considera che E-Democracy è, a sua volta, la prospettiva dell’E-Government che tende a realizzare la c.d. E-Governance. All’interno della stessa nozione di E-Democracy, inoltre, appare sempre più funzionale distinguere il c.d. E-Voting, attraverso cui i cittadini esprimono il diritto di voto a mezzo delle nuove tecnologie, dall’E-Participation, appunto, con la quale si indica quel complesso di esperienze, di politiche e di iniziative istituzionalizzate, attraverso cui i cittadini vengono

In conclusione, se è dubbio che le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione consentano un superamento delle istituzioni della democrazia rappresentativa, è certo, viceversa, che le stesse dimostrino, soprattutto quanto alla dimensione decisionale amministrativa di livello locale, un forte potenziale inclusivo della cittadinanza, permettendo a quest'ultima, non solo di essere informata, ma di utilizzare tali informazioni, attivamente, per partecipare cioè alla vita pubblica determinandone indirizzi e prospettive.

Ciò ovviamente, come già rilevato, postula un utilizzo accorto e strumentale del loro potenziale, destinato, in difetto, a tradursi in una forma postmoderna di discriminazione e di allontanamento dei cittadini dai processi decisionali e dunque in un ulteriore arretramento della "politica".

coinvolti nei processi decisionali per il tramite dell'utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Per una compiuta descrizione delle esperienze di E-Partecipazione, verificatesi non solo in Italia, cfr. M. Bolognini, *Democrazia elettronica, Metodo Delphi e politiche pubbliche*, Roma 2001, spec. p. 43 e ss.

CONCLUSIONI

Nel corso del presente lavoro si è più volte fatto riferimento alla posizione di Luhmann e, in particolare, agli studi che il sociologo tedesco ha dedicato alla specifica tematica dei procedimenti giuridicamente regolati e ai processi decisionali della Pubblica Amministrazione. Ciò è avvenuto in quanto si ha modo di credere che il modello di amministrazione auto-referenziale delineato da Luhmann sia stato, in concreto, realizzato dal legislatore italiano allorché, modificando le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo, ha chiaramente sacrificato le aspettative rivolte verso la configurazione del cittadino come co-amministrante.

La previsione della cd. *dequotazione* dei vizi formali – consistente nell'impossibilità, a certe condizioni, di addivenire all'annullamento di un provvedimento amministrativo pur in assenza della partecipazione dell'interessato alla sua formazione – integra una chiara risoluzione dell'apporto del cittadino all'alveo dell'informazione, più o meno rilevante, che il processo selettivo indotto dal sottosistema specializzato può assumere dall'ambiente. La partecipazione, dunque, diventa fatto eventuale ed esiziale, nel mentre l'Amministrazione può, definitivamente, liberarsi di ogni obbligo di segno legittimante, ed in particolar modo dell'esigenza di affermare linee di consenso intorno al proprio operato.

Si realizza con ciò la razionalizzazione dell'operato della burocrazia amministrativa secondo criteri d'efficienza già individuati da Luhmann³⁵⁷ come fondamento della legittimità della legalità amministrativa.

³⁵⁷ N. Luhmann, *Procedimenti Giuridici*, op. cit., p. 231. Sul punto, scrive Luhmann: “*In genere l'Amministrazione burocratica è dotata dei mezzi funzionali e delle competenze necessarie e risulta al tempo stesso ampiamente indipendente dal consenso degli*

A tale affermazione si giunge se si considera che, in Luhmann, è chiara una fondamentale distinzione tra i procedimenti giuridici amministrativi e altri procedimenti giuridici regolati, quali quelli elettorali, giurisdizionali e legislativi. La distinzione consiste, infatti, nella circostanza che i primi non dovrebbero essere chiamati a svolgere funzioni diverse da quella di produrre, autopoieticamente, decisioni.

È in questa direzione che, a mio avviso, si può ritenere che la legittimità dell'azione amministrativa, nell'ottica luhmanniana, si risolva proprio nella nozione della legalità formale-razionale di tipo weberiano³⁵⁸. Infatti, è proprio questa distinzione tra procedimenti che dimostra come, nel caso dell'azione amministrativa, perda peso quella distinzione concettuale che agli occhi di Luhmann consente di superare la nozione weberiana di legittimità. Nella ricostruzione dell'autore si specifica con maggiore chiarezza che la legittimazione è quell'ulteriore funzione che, sociologicamente, consente di ricostruire il problema della legittimità delle norme e delle decisioni, superando la prospettiva weberiana³⁵⁹.

interessati. Dovrebbe essere quella più produttiva ed efficace poiché le sue modalità operative possono essere impostate in modo conseguente e funzionalmente specifico alla trattazione di determinati programmi decisionali. La sua razionalità e la sua efficienza diventa quindi l'elemento portante della legittimazione (politica) del sistema amministrativo nel suo complesso”.

³⁵⁸ Come nota S. Andrini, “è indubbio che dal discorso weberiano emergono dei fattori, che affermano l'identificazione tra legalità e legittimità, ma è anche vero che tale identificazione non deve essere assolutizzata [...] Weber definisce il primo tipo di potere legittimo ovvero il potere legale fondato sulla fede nella legalità dei regolamenti e nella legittimità dei capi designati in modo conforme dall'ordinamento”; cfr. S. Andrini, *La pratica della razionalità, diritto e potere in Max Weber*, Milano, 1990, pp. 64-66.

³⁵⁹ N. Luhmann, *op. ult. cit.*, p. 21. Precisa Luhmann, “ad esempio, il concetto che più si avvicina al problema della legittimazione mediante procedimento, cioè il concetto weberiano della legittimità razionale basata sulla convinzione della legalità degli ordinamenti non consente di comprendere il modo in cui tale legittimità della legalità risulti sociologicamente possibile”.

Il programma sociologico dell'Autore si sostanzia, dunque, nel chiedersi come sia possibile l'accettazione di decisioni ancora incerte nel loro contenuto. Si tratta di questione alla quale non dà compiutamente risalto, né risposta, una concezione attuale che vuole la legittimità intesa come *“convinzione puramente fattuale della validità del diritto, della obbligatorietà di determinate norme o decisioni o del valore dei principi nei quali esse trovano giustificazione”* ed imponendo, viceversa, di riformulare il principio nei termini della *“disponibilità generalizzata ad accettare entro determinati limiti di tolleranza decisioni ancora indeterminate nel contenuto”*³⁶⁰.

Polemizzando con una certa visione della letteratura *“classica”*³⁶¹ dell'argomento, secondo cui i procedimenti giuridici sono preordinati alla ricerca del giusto e della verità³⁶², Luhmann ritiene che la legittimazione del potere politico è questione che debba essere affrontata e risolta all'interno del solo sistema politico, non potendo, la stessa, demandarsi ad una ragione morale naturale: determinante in definitiva è che si garantisca la vincolatività di decisioni quali premesse di comportamento senza che si possa specificare a priori quali decisioni concrete si adotteranno. Anzi è

³⁶⁰ Cfr. p. 20.

³⁶¹ La quale, secondo Luhmann, neppure è rintracciabile con chiarezza, ove si consideri l'assenza di una teoria unitaria del procedimento. In tal senso, è da supporre che le esigenze di una distinzione tra politica e morale, assunte come postulati dai classici e dai post classici, perdano la propria ragion d'essere in Luhmann. Si pensi, per quanto concerne gli aspetti teorici legati alle teorie richiamate a formule quali *politeismo dei valori* di Weber o al *relativismo filosofico* di Kelsen. Cfr. U Cerroni, *Regole e valori nella democrazia. Stato di diritto, stato sociale e stato di cultura*, Roma, 1989, pp. 66 e 67.

³⁶² Si chiede emblematicamente, Luhmann, del resto, *“Quanta giustizia si può permettere una società?”*. Ed aggiunge *“la compatibilità, a livello di un'intera società di un tale valore della società non può essere rinvenuta in esso stesso o nella sua pretesa di perfezione”*. Cfr. N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990, p.368

proprio la ricerca della verità che, secondo Luhmann, preclude un più generale riconoscimento ed accettazione delle decisioni.

Viceversa, i procedimenti ricevono una sorta di riconoscimento generale che resta indipendente dal grado di soddisfazione prodotto dalla singola decisione e tale riconoscimento ha come conseguenza l'accettazione e l'osservanza delle decisioni vincolanti.

Ora, un simile riconoscimento non sarebbe possibile in Luhmann se non partendo dal processo di apprendimento, quale si verifica in forza dei procedimenti, intesi come *“sistemi sociali che adempiono alla funzione specifica di elaborare un'unica decisione vincolante, restando sempre e comunque limitati nella loro durata”*³⁶³. Nella sociologia del diritto luhmanniana, dunque, i procedimenti *“sono strutturalmente organizzati in modo da non determinare l'agire ma ad inserirlo piuttosto in una determinata prospettiva funzionale”*, con ciò consentendo una riduzione della complessità del sistema, *“intesa come la totalità delle possibilità che si presentano all'esperienza effettiva sia del mondo sia di un sistema”*.³⁶⁴

Inoltre, a dire di Luhmann, il singolo procedimento diventa in tal modo una matrice di eventi possibili che soltanto nel procedimento stesso possono verificarsi con i loro specifici contenuti di significato, mediante regole che riguardano la rilevanza, l'ammissione di persone e l'individuazione di temi,

³⁶³ N. Luhmann, *op. ult. cit.*, p. 34.

³⁶⁴ Per quanto concerne il concetto di “riduzione della complessità”, Luhmann ricorrerà alla “fiducia”, ma allo stesso tempo si troverà a dire: *“la fiducia resta un problema. La complessità è un rischio ineliminabile. In considerazione dell'inevitabilità del rischio, diventa decisiva la forma che quest'ultimo assume. Nella maggior parte dei casi i sistemi possono tollerarlo più facilmente in quanto rischio inerente alla fiducia”*. Cfr. N. Luhmann, *La fiducia*, Bologna, 2002, pp. 35-48.

la traduzione e la definizione di ciò che potrebbe addirittura distruggere il sistema o di ciò che si può fare per evitarlo.

Il procedimento viene delimitato e vanta, dunque, una certa autonomia di *vita* fino al momento in cui viene presa una certa decisione.

In Luhmann, l'autonomia sistemica del procedimento consente una differenziazione dello stesso dal punto vista temporale, materiale e sociale, consentendo, tra l'altro, l'assunzione di "ruoli" ad opera dei partecipanti. Ciò costituisce una caratteristica specifica del procedimento come sistema sociale che ne permette la distinzione e ne permea le regole e dunque assolve ad una funzione specifica di legittimazione che supererebbe la visione del potere legale razionale.

La teoria dei sistemi di Luhmann, sul versante che è sottoposta alla nostra analisi, si prospetta in tutta la sua unilateralità al punto tale che per introdurre varianti critiche è necessario porsi da punti di vista extrasistemici.

Bruno Romano evidenzia che Luhmann *"restringe la discussione sull'esser – soggetto, fin dal suo presentarsi, in quella dell'aver-competenza, ovvero del funzionamento delle differenziazioni, cancellando la questione della soggettività in quanto dis-assoggettamento formazione di un'ipotesi di mondo in una creazione di senso"*³⁶⁵.

Infatti, il procedimento amministrativo – fattosi *pura* procedura - esclude dai gangli dell'Amministrazione oltre che il cittadino anche l'uomo inteso come "soggetto osservatore" nella sua indispensabile missione creatrice, non riducibile a materia che venga trattata come dato.

³⁶⁵ B. Romano, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996, p. 84.

E, tuttavia, come si è avuto modo di osservare, si registra un parallelo sviluppo normativo che, specie nell'area europea, tende ad istituzionalizzare diritti procedurali, sempre più dettagliati, in favore degli amministrati. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e l'apparizione del diritto fondamentale ad una buona amministrazione costituiscono segnale tangibile del tentativo di sfuggire, in via definitiva, ad una visione autoreferenziale dell'Amministrazione e di concepire, alla stregua di Luhmann, la *ratio* dei procedimenti amministrativi in senso semplicemente funzionalistico, di là da ogni esigenza di soddisfacimento di aspettative e di ricerca di giuste soluzioni. Ora, non mi pare che di tale sviluppo si possa dare una lettura diversa.

La previsione di tali diritti procedurali, come è evidente, tende a far saltare un sistema autoreferenziale, poiché, minando la stesse ragioni di efficienza individuate da Luhmann come fondamento della legittimazione politica dell'Amministrazione, consentono l'ingresso di posizioni e di argomenti che il processo selettivo del sottosistema non necessariamente richiede o giudica funzionali per addivenire alla decisione.

In altri termini, si è piuttosto al cospetto della istituzionalizzazione di procedimenti giuridici che, nel senso di Habermas, rispondono al fabbisogno di giustificazione conseguente al farsi positivo del diritto³⁶⁶.

E, con riferimento alle decisioni assunte dalla pubblica amministrazione, la necessità di siffatta istituzionalizzazione di procedure giuridiche appare tanto più necessaria in costanza della *materializzazione* del diritto e della crisi del diritto regolativo. Osserva infatti Habermas che “*sovraccaricata*

³⁶⁶ J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, p. 32-33.

dai compiti di regolazione, l'Amministrazione non può più limitarsi, nel quadro di univoche competenze normative, a dare esecuzione alle leggi in maniera specializzata e normativamente neutrale. Secondo il modello espertocratico l'Amministrazione avrebbe dovuto prendere solo decisioni pragmatiche: a questo ideale, naturalmente, essa non poté mai attenersi"³⁶⁷.

Il progressivo sovraccaricarsi di compiti in capo all'Amministrazione moderna, destinata non più ad operare, come in precedenza, sulla base dei dettami legislativi, presuntivamente puntuali, astratti e generali, impegnano l'Amministrazione stessa a compiti di tipo normativo, anche per implementare quei programmi legislativi che Luhmann aveva ritenuto sufficienti a sgravare l'Amministrazione da ogni esigenza di legittimazione. Senonché, a fronte di tale situazione, per la quale comunque si richiede all'Amministrazione pubblica "efficienza", chi non ritiene di potere aderire alla svolta di una costruzione autopoietica del diritto e delle decisioni, che orienta il funzionamento dell'organizzazione burocratica al mero assorbimento dell'incertezza³⁶⁸, non può non ritenere determinante la creazione e l'implementazione di diritti procedurali che fungano da filtri di legittimazione di decisioni sempre più incerte nel loro contenuto. Questi, come si è detto, consentono l'affermarsi di una ragione comunicativa idonea a consentire la partecipazione dei cittadini al farsi

³⁶⁷ J. Habermas, *Fatti e Norme*, op. cit., p. 521.

³⁶⁸ Per quanto concerne il concetto di "assorbimento dell'incertezza", secondo Luhmann lo stesso meglio spiega il *funzionamento* delle organizzazioni, delle stesse pubbliche amministrazioni, nonché la produzione di decisioni da parte di esse. In ciò, segnatamente, l'autore individua il meccanismo di trasformazione delle informazioni in informazioni, sostituendolo al concetto di *orientamento di scopo* proprio della teoria classica dell'organizzazione. cfr. N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, op. cit., p. 151. e ss.

dell'Amministrazione, a consentire l'ingresso dell'*autonomia civica* nel quadro di processi decisionali che, altrimenti, rimarrebbero privi di ogni legittimazione.

Esiste, tuttavia, un'ulteriore punto della posizione luhmaniana che non convince. Ed infatti, si è detto che i procedimenti amministrativi non svolgono alcuna funzione di legittimazione sociale. Ciò significa che anche Luhmann, come Weber, identifica la legittimità con il potere legale razionale preservando, conseguentemente, il diritto da ragioni morali. Senonché, già Habermas ha compiutamente dimostrato come anche le proprietà formali del diritto presentino un intimo richiamo ai principi e ai valori³⁶⁹ e dunque, in ultima istanza, a contenuti morali.

Il quadro di riferimento che si delinea, nell'ottica habermasiana, è quello del superamento del paradigma liberale e di quello dello stato sociale a vantaggio di uno Stato democratico di diritto, all'interno del quale si realizzi, interpretando il diritto alla luce della teoria discorsiva, una concezione proceduralista del diritto³⁷⁰. La sfera procedurale del diritto produce una legittimazione democratica. Sembra necessario ripartire dal dato ineliminabile della democrazia come valore raggiunto e maturo. I diritti politici di partecipazione acquistano senso solo esprimendo i limiti dell'amministrazione integrata nella comunicazione pubblica.

³⁶⁹ Come scrive Gozzi, per Habermas è necessaria la distinzione tra principi e valori dato che i primi sono sempre in competizione con altri valori mentre i principi possono validi o non validi. È da escludere il carattere assiologico dei principi, dato che i contenuti morali, incontrando il diritto, ne sono modificati nel loro significato. Cfr. G. Gozzi, *Jürgen Habermas e Robert Alexy: morale, diritto e democrazia discorsiva*, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di G. Zanetti, 1999, Milano, p.301.

³⁷⁰ Cfr. J. Habermas, *Fatti e Norme*, op. cit., p.232.

Temi, valori e programmi che pervengono all'amministrazione da parte di una sfera pubblica e non strutturata dall'alto, danno pieno valore al concetto di cittadinanza politica., in tutte le sue dimensioni. In tal senso, è proponibile una versione del rapporto tra diritto e morale che ne impedisce la potenziale assimilazione. Per Habermas *“il diritto positivo deve aggiungersi alla morale per coprire il bisogno di regolamentazioni funzionalmente necessarie nelle sfere d'azione socialmente sensibili”*³⁷¹.

Una teoria che, liberatasi dall'idea di diritto naturale, trova le sue radici nel duplice concetto di “diritti umani” e “sovranità popolare”³⁷². Habermas sottolinea molto chiaramente come anche i principi universali della morale ed i principi specifici delle particolarità etiche, trovando riconoscimento in sede politica, non possano dare luogo ad una “moralizzazione” o “eticizzazione” delle istituzioni, in quanto il riconoscimento deve preliminarmente passare attraverso le strutture partecipative delle istituzioni giuridico-democratiche, e, in particolare, attraverso i presupposti comunicativi per la formazione democratica dell'opinione. Non è più l'indefinita complessità di Luhmann che apre prospettive per decifrare la variabilità delle società moderne attraverso teorie altrettanto complesse e sofisticate.

Un sistema, per il sociologo Luhmann, è in grado di resistere alla pressione dell'ambiente in stretto rapporto all'indice della sua complessità interna: quanto più la propria organizzazione interna è complessa, tanto più essa è in

³⁷¹ J. Habermas, *Teoria della morale*, Bari, 1994, p. 71.

³⁷² In tal senso, sostiene Habermas che *“il richiesto nesso interno tra diritti umani e sovranità popolare consiste dunque nel fatto che i diritti umani istituzionalizzano i presupposti comunicativi che sono indispensabili a una ragionevole formazione della volontà politica”* in J. Habermas, *Legittimazione tramite diritti umani*, in *L'inclusione dell'altro*, op. cit., p. 220

grado di tener testa alla crescente complessità e mobilità ambientale. Nella fase matura del suo pensiero, Luhmann si spinge a sostenere che ogni essere sociale è un sistema autopoietico, chiuso in se stesso ed autoproducentesi.

Ma se ognuno è un sistema chiuso in se stesso, com'è possibile la comunicazione?³⁷³ La complessità ambientale nei suoi tre aspetti – materiale, temporale e simbolico – produce interazione e organizzazione. Nell'era della società globalizzata, che comprende tutti i sistemi di comunicazione e di organizzazione, sono ancora più lampanti i principi ispiratori di fondo della sua lezione, ed in particolar modo l' "anti-umanesimo" e l' "anti-storicismo" di cui il suo pensiero è pregno.

L'evoluzione dei sistemi, la loro crescente complessità, è affidata, contro ogni filosofia della storia di tipo organicistico o finalistico, all'intervento di fattori non solo casualmente indeterminati, ma in larga misura sottratti alla possibilità di controllo dei soggetti umani. Luhmann sostiene che nelle moderne società differenziali e complesse i veri protagonisti di eventi e processi non sono più gli uomini o i gruppi con i loro bisogni materiali e i loro "valori", ma i ruoli e le funzioni, i sistemi e gli ambienti: tutto un mondo di "datità" e relazioni in qualche modo oggettive, nel quale gli individui operano come meri elementi interscambiabili e perfettamente fungibili³⁷⁴.

³⁷³ Scrive B. Romano: "L'io, il soggetto, la libertà sono ritenuti pertanto null'altro che 'sintomi' di un procedere che, nei sistemi viventi, è operativo-cognitivo avendo presente che l'operazione è l'effettivo realizzarsi degli eventi la cui riproduzione porta avanti l'autopoesi del sistema, cioè la riproduzione della differenza tra sistema ed ambiente, tra la forma e l'informe" in B. Romano, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Roma 2004, p. 46.

³⁷⁴ Nota R. Spaemman nella sua *laudatio*, che "la metamorfosi dell'ontologia in teorie funzionali altamente generalizzate corrisponde alla trasformazione di tutte le stratificazioni sociali in sotto-sistemi, una trasformazione nell'ambito del quale la filosofia trascendentale

Per Luhmann lo stato di diritto, e con esso il sistema democratico, non è il complesso delle procedure e delle istituzioni capace di ripartire e bilanciare il potere in funzione della garanzia dei diritti soggettivi secondo la pretesa ideologica della tradizione socialdemocratica: esso è invece la forma più sviluppata dell'autonomia, anzi dell'assolutezza, nel senso etimologico di *solutus legibus* del sistema politico moderno.

In effetti, attraverso la positivizzazione del diritto, lo stato moderno si è liberato da ogni vincolo proveniente da altri sottosistemi ideologico-sociali. A questo punto, esso appare in grado di autolegittimarsi da sé solo, senza più alcuna necessità di far passare il riconoscimento del proprio essere attraverso l'effettivo consenso dei cittadini. Lo stato moderno può anzi operare presupponendo a priori il passivo consenso di questi ultimi, i quali si dispongono ad ubbidire senza particolari motivazioni. Del resto l'imponente aumento della complessità sociale, dei flussi di informazione e dunque delle competenze che sarebbero indispensabili per sorvegliare la gestione della cosa pubblica pone il cittadino nell'impossibilità di seguire attivamente tale gestione.

Data questa situazione, considerata più o meno implicitamente immodificabile, non sorprende la presa di distanza critica di Luhmann dalla concezione classica della democrazia, intesa come responsabile partecipazione, diretta o indiretta, dell'individuo alla vita della società. Una realtà sociale che la rivoluzione informatica contribuisce oggi a rendere sempre più complessa, dinamica e differenziata.

era solo una figura effimera di passaggio, per quanto altamente gravida di conseguenze", in N. Luhmann, *Il paradigma perduto*, Roma 2005, p.65.

Jürgen Habermas pone in risalto il ruolo delle forme di opposizione ai sistemi che si sviluppano nel seno della società contemporanea e che non possono essere definite sistemiche e funzionali nel segno luhmanniano³⁷⁵. Ma lo stesso Habermas non è esente da critiche e dubbi. Nella direzione presentata in precedenza, ogni ipotesi valoriale tende a divenire semplice dispositivo.

In tal modo, i valori vengono disinnescati come possibili cause di conflitto riguardo il fondamento ultimo del vivere insieme, e vengono, per così dire, “tecnicizzati”, ridotti a dispositivi comunicativi. In questo contesto di inclusione la diversità di valori eterogenei assume vesti procedurali. Si tratta insomma di riconoscere alla comunicazione non solo ruolo di funzione o di interesse, ma, piuttosto, quello di espressione di dignità³⁷⁶.

Ciò comporta il sorgere della domanda sulla relazione tra comunicazione e procedura. In tale prospettiva, sembra, come ha scritto Bodei, che “*lo scopo della filosofia [...] consiste appunto nel mantenere viva la creatività di forme di dialogo che non presuppongono alcun “vocabolario dato”*”³⁷⁷.

Habermas e la sua “ragione comunicativa”, ma soprattutto Apel. “*Il risvolto giudico-politico della ragione comunicativa apeliiana – scrive Punzi – può essere individuato nella critica ad ogni tentativo di pensare ad un diritto positivo autosufficiente in termini di validità formale o in termini di mera*

³⁷⁵ Si chiede Belvisi : “*Secondo Luhmann, da un punto di vista evolutivo la teoria dei sistemi sociali autopoietici corrisponde allo stadio storico raggiunto da una società al cui interno si sono compiutamente differenziati i sistemi parziali. Si può legittimamente chiedere se questo presupposto valga veramente per la società odierna che viene definita, oltre che come società globale, anche come società multiculturale*” in F. Belvisi, *Niklas Luhmann e la teoria sistemica del diritto* in A.A.V.V., *Filosofi del diritto contemporanei*, op. cit., p. 244.

³⁷⁶ Cfr. P. Crespi, *Mutamento sociale, identità e crisi della solidarietà*, Roma, 1996, p.3

³⁷⁷ R. Bodei, *La filosofia del Novecento*, Roma 1997, p.180.

*efficacia storico-fattuale e alla stessa pretesa di identificare volontà sovrana e consenso della maggioranza*³⁷⁸. La relativizzazione dei valori, la forza unificante del mercato e dei consumi di massa, sprigiona, inatteso, il conflitto sui valori di fondo.

I diritti dell'uomo, nella loro tensione fondativa, verso la propria isola amministrativa aprono ad una deriva tipica dell'*hostis/hospes* ossia della possibilità del *versus* sia contrario che prossimo. Il cittadino necessita dell'incontro con l'amministrazione per "completarsi" nella sua socialità e politicità ma, allo stesso tempo, "completa" l'apparato, dato che quest'ultimo, sempre più complesso, sempre più espressione della tecnologia digitale numerica ed esecutiva³⁷⁹, può simulare ma non svolgere le proprie funzioni, privo della capacità creativa del dialogo espressione dei soggetti parlanti.

³⁷⁸ A. Punzi. *Discorso Patto Diritto. La comunità tra consenso e giustizia nel pensiero di K.O. Apel*", Milano, 1996, p. 286.

³⁷⁹ Cfr. B. Romano, *op. ult cit.*, p.25

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2004
- AA.VV., *Per una convergenza mediterranea sui Diritti dell'Uomo*, vol. I, *Le Carte delle organizzazioni araba, islamica e africana*, Roma 1997
- Allegretti U., *Amministrazione e Costituzione, Amministrazione Pubblica e Costituzione*, Padova, 1996
- Allegretti U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, (voce) in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Tortino, 1993
- Allegretti U., *Imparzialità e buon andamento, Amministrazione e Costituzione*, Padova, 1996
- Allegretti U., *Pubblica Amministrazione e Ordinamento democratico*, *Foro it.*, V, 1984, 218
- Amirante C., *I diritti umani tra dimensione normativa e dimensione giurisdizionale?*, in *Sviluppo dei Diritti dell'Uomo e protezione giuridica*, Napoli 2003
- Andrini S., *La pratica della razionalità, diritto e potere in Max Weber*, Milano, 1990
- Anzon A., *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 656
- Attanasio J., *Rappporteur's overview and conclusions: of sovereignty, Globalization and Courts*, in *International law decisions in National Courts*, Tomas M. Franck & Gregory H. Fox editions, 1996
- Attucci C., *Tra identità e diritti: prospettive filosofiche per la cittadinanza nell'epoca della globalizzazione*, in *Filosofie della globalizzazione*, in *Filosofie della Globalizzazione*, Pisa, 2001
- Baldassarre A., *Globalizzazione contro Democrazia*; Bari – Roma, 2002.
- Barone G., *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969
- Bassani C., in A.A. V.V., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Milano, 1991
- Bellin E., *The Iraqi Intervention and Democracy in Comparative Historical Perspective*, in "Political Science Quarterly", vol. 119, n. 4, Winter 2004-2005, p. 595

Belvisi F., *Niklas Luhmann e la teoria sistemica del diritto*, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di G. Zanetti, Milano, 1999

Benvenisti E., *The influence of international Human Rights law on the Israeli legal system: present and future*, in *Israel Law Review*, 1996, p. 136

Benvenuti F., *Certezza del diritto e certezza dei poteri nella nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, 642

Benvenuti F., *Contraddittorio*, *Dir. Amm.*, voce in *Enc. Diritto*, vol. IX, Milano 1961

Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1952

Benvenuti F., *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994

Benvenuti F., *L'Amministrazione oggettivata, un nuovo modello*, *Riv. Amm. Sc. dell'Amm.*, 1978, p. 6

Benvenuti L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002

Bernhardt R., *Evolutive treaty interpretation, especially of the European convention on human rights*, in *Gylil*, 1999, p. 11

Berti G., *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968

Betti E., *Autonomia Privata*, in "Novissimo digesto Italiano", I, 2, Torino, 1957

Bifulco R., *La buona amministrazione diventa fondamentale*, in *Guida dir.*, 2001, n.47, p.117

Bignami F., *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Quaderno n. 1 della *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, Milano 2004

Blande H-J, *Government e Governance nel ventunesimo secolo, aspetti giuridici e politici dei nuovi modelli di direzione*, in *Teoria del diritto e dello Stato* 2/2003

Bobbio N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

Bobbio N., *Stato, governo, Società, Per una Teoria generale della politica*, Torino, 1985

Bodei R., *La filosofia del Novecento*, Roma 1997

Bolognini M., *Democrazia elettronica, Metodo Delphi e politiche pubbliche*, Roma 2001

Bonanate L., *Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani*, in *Diritti Fondamentali*, a cura di L. Ferraioli, Roma – Bari 2001

- Bonaverò P., Dansero E., *L'Europa delle Regioni e delle Regioni*, UTET, Torino, 1998.
- Sadun Bordoni G., *Il Sovrano nella rete. La democrazia nella società informazionale*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2/2004
- Breton P., *Il culto di internet. L'interconnessione globale e la fine del legame sociale*, Torino 2001
- Calabrò M., *Potere Amministrativo e Partecipazione procedimentale*, Napoli, 2004
- Calandra A., *La Giustizia Amministrativa*, Torino, 1904
- Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I Milano, p. 512
- Capozzi G., *La Ek-stasi del fare*, vol. II, Napoli 1998
- Capozzi G., *Temporalità e norma*, Napoli, 2000
- Cartei G., *Procedimento di espropriazione ed osservazioni sugli espropriandi*, in *Foro Amm.*, 1998, p. 2711
- Casetta E., *Brevi osservazioni sugli istituti di partecipazione previsti dalla legge sulle autonomie locali*, *Dir. e società*, 1992, 475
- Cassese A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma –Bari 2003
- Cassese A., *I diritti umani oggi*, Roma – Bari, 2005
- Cassese S., *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. Giur.*, 1970
- Cassese S., *La crisi dello Stato*, Roma – Bari, 2002
- Cassese S., *Le Basi Costituzionali*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Parte Generale, 2004, Vol. I, pag. 240.
- Cassese S., *Lo spazio giuridico globale*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 331
- Cassese S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari, 2003
- Cassese S., *Prolusione all'apertura dell'Anno Accademico della Università la Sapienza di Roma*, 2004/2005
- Castells M., *Galassia internet*, Milano, 2001
- Castells M., *Il potere dell'identità*, Milano 2002
- Castells M., *La nascita della società in rete*, Milano, 2002
- Castells M., *Volgere di millennio*, 2003, 383.
- Chiti M.P., *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, p. 1

- Celotto A., *Processo Costituente Europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004
- Celotto A. e Pistorio G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *Rassegna Giurisprudenziali* (2001 – 2004), in corso di pubblicazione
- Centofanti L., *Comunicazione di avvio del procedimento (art. 7 l. 241/90). Ambito oggettivo*, in *Riv Amm.*, 1994, p. 906
- Cerroni U., *Regole e valori nella democrazia. Stato di diritto, stato sociale e stato di cultura*, Roma, 1989
- Conforti B. e Raimondi G., *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Enc. Dir. ad vocem*.
- Conforti B., *Protezione internazionale dei diritti umani*, in *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica*, Napoli, 2003
- Costanzo P., *La democrazia elettronica*, in *Diritto dell'informazione*, 2003, p. 477
- Crespi P., *Mutamento sociale, identità e crisi della solidarietà*, Roma, 1996
- D'Alberti M., *La crisi dello Stato e del diritto. La tesi di S. Cassese*, in *Sociologia del diritto*, n. 1/2004, p. 179
- Dalfino E., Paccione L., *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, *Foro it.*, V, 337
- Del Vecchio A., *Giurisdizione internazionale e globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Milano, 2003
- De Muro G., *I rapporti tra Corte di Giustizia delle Comunità Europee e Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, - Atti del Seminario tenutosi a Copanello (CZ) il 31 maggio – 1 giugno 2002, a cura di P. Falzea, A. Spadaio, L. Ventura, Torino, 2003
- Delmas Marty M., *Le relative et l'universel*, Paris, 2004
- Urania Galletta Diana, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. Italiana Dir. Pubbl. Comunitario*, (3-4), 2005, p. 82
- Di Santo L., *Teoria e Pratica dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 2002
- Drezner W., *The Global Governance of the Internet: Bringing the State Back In*, in *“Political Science Quarterly”*, vol. 119, n. 3, Fall 2004, pp. 477-498
- Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982

- Esposito C., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione Italiana*, Saggi, Padova, 1954, 247
- Falzea A., *Manifestazione (Teoria Generale) ad vocem*, in Enc. Dir., Vol. XXV, Milano, 1975
- Ferrarese M.R., *Il diritto al presente*, Bologna, 2002
- Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000
- Flaus J.F., *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Actualité juridique – droit administratif*, juin 2000, p. 530
- Falzea G., *Manifestazione (Teoria generale)*, ad vocem, Enc. Dir., vol. XXV, Milano, 1975
- Ferrajoli L., *Costituzioni e popoli nel processo costituente europeo*, in *Processo Costituente e diritti fondamentali*, a cura di A. Celotto
- Ferrara R., *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche Amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma – Bari, 2002
- Ferrara R., *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso, dalla specialità amministrativa ad un diritto amministrativo di garanzia*, *Dir Amm.*, 1997, 261
- Ferrara R., *Le complicazioni della semplificazione amministrativa, verso un'amministrazione senza qualità?*, *Dir. proc. amm.*, 1999, 323
- Ferrara R., "Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari", *Foro It.*, 2000, III, n. 26
- Ferrara R., *Procedimento Amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalle libertà dall'Amministrazione alla libertà dell'Amministrazione?*, *Studi in onore di U. Pototsching*, Milano, 2002
- Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000
- Ferrarese M.R., *Il diritto al presente*, Bologna, 2002
- Fioravanti M., *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 2004 II edizione.
- Fonte J., *Democracy's Trojan Horse*, *The National Interest*, 2004
- Franzese L., *Il contratto oltre il privato e il pubblico*, Padova, 1998
- Franzese L., *Legge e contratto oggi*, in *L'ircocervo, Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e diritto dello Stato*, 1/04
- Franzese L., *La giuridicità del nuovo ordine economico*, in *L'ircocervo, Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e diritto dello Stato*, 2/03

Franzese L., *Simmetria e Asimmetria nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione, Riflessioni sui presupposti teorici della legge sul procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* (L. 241/90), in *Dir. e Società*, 1993

Franzese L., “[Il Silenzio Amministrativo: Sovranità o Sussidiarietà delle Istituzioni? A proposito del libro di Torquato G. Tasso](#)” in *L'irrocervo, Rivista elettronica italiana italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e diritto dello Stato*, n. 1/2005.

Frosini V., *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 2000, II ed.

Frosini V., *Informatica diritto e società*, II ed., Milano 1992

Frosini V., *Riflessioni sul lavoro dell'interprete nel diritto amministrativo e tributario*, in *Diritto e Società*, 1993, 184

Fuoco B.E.G., *L'art. 1, co. 1 bis della 241/90, Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato*, www.lexitalia.it/approfondimenti

Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005

Galligan D.J., *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999

Gallo C.E., *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. Amm.*, 1996, pag. 499 e ss

Garapon A. e Guarnirei C., *La globalizzazione giudiziaria*, il Mulino, 1/2005, 165

Gentile F., *Filosofia e scienza del diritto*, Modena, 1988

Gentile F., *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, 1983

Gorge S., *Politics and Policy in the European Community*, Oxford, Clarendon, 1985

Gozzi G., *Jurgen Habermas e Robert Alexy: morale, diritto e democrazia discorsiva*, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di G. Zanetti, Milano, 1999

Grimm D., *Does Europe need a Constitution?*, in “*European Law Journal*”, n.1, 1995, p. 303

Grimm D., *Una costituzione per l'Europa*, trad. it di F. Fiore, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaio, J. Luther, a cura di, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996

Greco G., *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. Ital. Dir. Pubblico Comunitario*, 2000 p. 240

Guarino G., *L'uomo-istituzione*, Bari, 2005

- Guicciardi E., *La Giustizia amministrativa*, Padova, 1957
- Habermas J., *Che cosa significa il crollo del monumento?*, in *L'occidente diviso*, Roma – Bari, 2005, pag. 5
- Habermas J., *Fatti e norme*, Milano, 1996
- Habermas J., *Morale, diritto, politica*, Torino, 2001
- Habermas J., *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in *Tempo di passaggi*, trad. it. a cura di Leonardo Ceppa, 2004, pp. 57
- Habermas J., *Una costituzione per l'Europa? Commento a Dieter Grimm*, in *L'inclusione dell'altro*, 2002, II ed., p. 167
- Habermas J., *Teoria della morale*, Bari, 1994
- Hannum H., *Recent Case*, 1984, in *Journal of international law*, 1990, 768.
- Harlow C. and Rawlings R., *Law and Administration*, 2nd ed., Butterworths, 1997
- Husserl G., *Diritto e Tempo*, Milano, 1998
- Irti N., *Norme e luoghi, problemi di geo-diritto*, Roma – Bari 2001;
- Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 2003
- Kanska K., *Towards Administrative Human Right in the EU impact of the charter of human Rights*, in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 3, May 2004
- Kaufmann A., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, G. Marino (a cura di), Milano, 2003
- Kirby M.D., *The role of the judge*, in *Advancing Human Rights by reference to International Human Rights Norms*, in *Australian Law Journal*, 1988, p. 515.
- Levy P., *La comunicazione in rete? Universale e un po' marxista*, reperibile sul sito telematico <http://www.mediamente.rai.it/home/bibliote/intervis>
- Lippi A., *“Le istituzioni rendono? Considerazioni teoriche per una agenda di ricerca*, in *Teoria politica*, 1/2003, p. 101
- Luhmann N., *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990
- Luhmann N., *La fiducia*, Bologna, 2002
- Luhmann N., *Il paradigma perduto*, Roma 2005
- Luhmann N., *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005
- Luhmann N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995
- Luhmann N., *Sociologia del rischio*, Milano, 1996

- Luhmann N., *Stato di diritto e Sistema sociale*, Napoli, 1978
- Manzella V., *Dal mercato ai diritti*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p.38.
- Merrils J.G., *The development of international law by the European Court of Human rights*, 1993.
- Lord Millet of St. Marylebone, *The Right to Good Administration in European Law* (2002) *Public Law* 309, 312
- Milza M., *Cittadini in file, Guida all'E Government*, Alghero, 2003
- Modugno F. (a cura di), *Trasformazione della funzione legislativa*, Vol. II: *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2001
- Mosler H., *Problems of interpretation in the case law of the European Court of human rights*, in Kalshoven, Kuyper, Lammers, *Essays on the development of the international legal order*, in memory of H.F. Van Panhuys, Aelphen aan den Rijn, 1980
- Nannucci R., Biasotti M.A., *Verso nuove forme di democrazia partecipativa: esperienze, metodologie, prospettive dell'E-Democracy*, in *Inf. e dir.* 2005 n. 1 p. 88
- Nigro M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, *Dir. Proc. Amm.*, 1/1989, p. 13
- Nehl H.P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, 1999
- Orlando V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano, 1901
- Orsi Battaglini A., *L'astratta e infeconda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990
- Ost F., Van de Kerchove M., *De la Pyramide, au réseau pour une théorie dilectique du droit*, Bruxelles, 2002
- Ottaviano V., *Oggettivazione e partecipazione nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Studi in onore di Umberto Pototsching*, Milano, 2002
- Pabusa A., *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988
- Palombella G., *L'Autorità dei diritti*, Roma – Bari, 2002
- Pace A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, pp. 196
- Paciotti E., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: una novità istituzionale*, in *Teoria Politica*, 1/2001, pp. 27 e ss.

- Pajno A., *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, *Dir. Proc. Amm.*, 4/193, 661
- Pastori G., *La disciplina generale del procedimento amministrativo, Considerazioni introduttive*, Atti del CCCII Convegno di Varenna, Milano, 1994
- Patrono M., *I Diritti dell'Uomo nel paese d'Europa*, Padova 2000
- Perrotta D.A., *La Nuova Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 1999, pp. 253 e ss
- Pioggia A., *La competenza amministrativa, L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001
- Pizzorno A., *Il Potere dei Giudici, Stato democratico e controllo della virtù*, Roma – Bari, 1998
- Police A., *Federalismo asimmetrico e dequotazione dell'uguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa, il diritto dell'economia*, 3-4/2002, p. 489
- Pugliatti S., *La logica e i concetti giuridici, Grammatica e Diritto*, 1978, p. 174
- Punzi A., *Discorso Patto Diritto. La comunità tra consenso e giustizia nel pensiero di K.O. Apel*, Milano, 1996
- Punzi A., *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino 2003
- Pustorino G., *L'interpretazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella prassi della Commissione della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998
- Rallo A., *Spunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi del provvedimento*, *Dir. Proc. Amm.*, 1993, p. 298
- Rapelli V., *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004.
- Rheingod H., *Comunità Virtuali*, Milano 1994
- Riccobono F., *Legittimazione attraverso diritti umani?*, in *Sviluppo dei diritti dell'Uomo e protezione giuridica*, a cura di L. D'Avak, Napoli, 2003
- Rifkin J., *Il sogno europeo*, Milano, 2004
- Rodotà S., *Repertorio di fine secolo*, Roma – Bari, 1999
- Rodotà S., *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma – Bari, 2004, II Edizione
- Roehrsen G., *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Disciplina generale del procedimento amministrativo* Atti del XXXII

Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna - Villa Monastero, 18-20 settembre 1986

Rolland P., *Le contrôle de l'opportunité par la Cour Européenne des droits de l'homme*, in *Rousseau, Sudre (a cura di), Conseil constitutionnel et Cour Européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Nancy, 1990, pp. 70 – 74

Romano B., *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996

Romano B., *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001

Rossi L. S., *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 566.

Sandulli M.A., *La comunicazione di avvio del procedimento fra forma e sostanza*, *Foro Amm.* – TAR 2004, 1595

Satta F., *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento: profili sostanziale e processuali*, in *Dir. Amm.*, 2000, 3 – 4, p. 449

Schmitt C., *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981

Schmitt C., *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984

Siendetop L., *Democracy in Europe*, London 2000

Sirimarco M., *Tra apocalittici ed integrati: spunti di riflessione sul rapporto uomo – internet*, in *Parola chiave: informazione*, a cura di A. C. Amato Mangiameli, Milano 2004

Simmel G., *Sociologia*, Torino, 1998

Simon H.A., *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1979

Slaughter A.M., *A New World order*, Princeton, 2004

Slaughter A.M., *Judicial Globalization*, *Virginia Journal of International law*, vol. XL, 1102

Statela M.C., *Trasparenza, informazione ed apertura. Il Trattato di Amsterdam e i diritti degli individui nel procedimento di formazione degli atti comunitari. Il ruolo dei comitati e la comitologia*, in *Trasparenza, riservatezza, impresa*, Torino 2001

Sørensen G., *Les droits inscrits en 1950 dans la Convention européenne des droits de l'Homme ont-ils la même signification en 1975?*, in *Actes du IV colloque international sur la convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Starsbourg, 1975

Sorrentino G., *Diritti e partecipazione dell'Amministrazione di risultato*, Napoli, 2003

- Sunstein C., *Republic.com, Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna, 2001
- Taradel A., *Profili di efficienza, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa*, Riv. Guardia Fin., 3/1991, p. 493
- Telò M., *Dallo Stato all'Europa*, Roma, 2004.
- Derrida J., Habermas J., *Il 15 febbraio, ovvero: ciò che unisce gli Europei*, in *L'occidente diviso*
- Thompson G., Frances J., Levacic R., Mitchell J., *Markets Hierarchies and Networks. The coordination of Social Life*, Sage, London, 1991
- Tivelli L., Masini S., *Un nuovo modo di governare l'E- Government ed il cambiamento della pubblica amministrazione*, Roma 2002
- Tivelli L., *Verso una nuova amministrazione: un passaggio complesso*, Roma, 2004
- Tukelsen G., *L'Union européenne devant la Cour Européenne de droits de l'homme*, in *Rev. Univ. Droits de l'homme*, n.1-2/2000, p.50 e ss.
- Vassalli F., *Extrastatalità del diritto civile*, in "Studi Giuridici", vol. III, tomo II "Studi vari (1942-1955)", Milano, 1960
- Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2002
- Virilio P., *La bomba informatica*, Milano 2000
- Weiler J.H., *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 527
- Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958
- Ziller J., *La ratification des traités Européens après des référendum négatifs: que nous disent les précédents danois et irlandais?*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2005, 2, p.364
- Zito A., *Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali nell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2002
- Zolo D., *La globalizzazione, Una mappa dei problemi*, Roma – Bari, 2005,
- Zolo D., *Sulla giustizia: a proposito della espansione globale del potere dei giudici*, Iride, a. XI, n. 25 settembre/dicembre, 1998, 445