

# Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l’archetipo del “processo”

di Laura Buffoni

*Sommario:* 1. La valenza costituzionale della “giustizia” nel procedimento amministrativo. – 2. Il principio del “giusto procedimento” nella giurisprudenza costituzionale: l’eco perduta della sentenza n. 13 del 1962 e le ragioni della negazione del rango costituzionale. – 3. Alla ricerca del fondamento costituzionale del principio del giusto procedimento nei percorsi logico-argomentativi della dottrina giuspubblicistica. – 4. La contiguità tra *administratio* e *jurisdictio* nella storia del diritto amministrativo continentale e nella teoria generale dello Stato. – 5. La “processualizzazione” del procedimento amministrativo nella teoria generale del processo e nel diritto amministrativo. – 6. Il testo costituzionale ed il “giusto procedimento”: l’art. 111 della Costituzione ed i “valori permanenti” del processo. – 6.1 Le suggestioni del *due process of law* e della *natural justice*: alcuni fondati paralleli. – 7. Sulla “processualizzazione” delle funzioni statuali e su uno statuto unico del principio del contraddittorio? Alcuni spunti interlocutori in punto di teoria democratica.

## **1. La valenza costituzionale della “giustizia” nel procedimento amministrativo.**

L’interesse costituzionalistico per il tema del “giusto procedimento” amministrativo affonda le proprie radici in un terreno assai più arioso di quello occupato dalla *querelle* sul suo formale ancoraggio al testo costituzionale. Entrambi i termini in cui è scomponibile la locuzione “giusto procedimento” appaiono, infatti, di per sé intrisi di un’alta valenza costituzionale. Il procedimento amministrativo, inteso nel suo *proprium* di forma tipica di estrinsecazione della funzione amministrativa, secondo l’antica e celeberrima idea di Feliciano Benvenuti<sup>1</sup>, è di per sé connotato da una spiccata natura materialmente costituzionale. E ciò nella misura in cui la concreta articolazione del procedimento amministrativo tocca, in modo immediato e profondo, la (le) libertà dei cittadini, da un lato, e l’assetto dei poteri pubblici, dall’altro. Di talché, il procedimento travalica i confini del tema tecnico-giuridico ed assume un’elevata valenza costituzionale perché coesistente alla dialettica autorità/libertà<sup>2</sup>, immanente in ogni rapporto pubblicistico. Il che non può destare meraviglia, ove solo si consideri che, se indagata sotto

<sup>1</sup> *Id.*, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 126 ss.

<sup>2</sup> Sulla procedura come forma di autolimitazione del pubblico potere, come momento volontario del riconoscimento della libertà *sub specie* di diritti propri e di quelli altrui e, quindi, sulla mancanza di procedura come mancanza di libertà già F. BENVENUTI, *Prefazione*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, pp. XIII-XIV; sulla trasformazione del potere nell’atto e, cioè, sul procedimento come rappresentazione della tensione ricorrente fra il momento autoritario e quello libertario ancora G. PASTORI, *La procedura amministrativa negli ordinamenti contemporanei. Introduzione generale*, ivi, p. 34.

questo angolo visuale, l'intera storia del diritto amministrativo potrebbe essere scritta come storia dell'autorità e dei suoi modi di esercizio, storia delle forme del potere e delle sue trasformazioni<sup>3</sup>. Individuare la matrice del procedimento amministrativo nell'inesauribile e sempre rinnovantesi incontro tra autorità e libertà, tra governanti e governati, non significa, però, necessariamente delineare un conflitto tra i due termini del rapporto, quanto piuttosto indicare tra i medesimi una *simbiosi*, ove il procedimento, per mutuare un'espressione coniata da Massimo Severo Giannini con riguardo all'atto amministrativo<sup>4</sup>, non è solo esercizio di autorità, ma è anche misura di tale autorità e dell'altrui libertà e, per ciò stesso, garanzia della libertà di ciascuno nel rapporto regolato con il "potere" e con l'altro da sé<sup>5</sup>. In un gioco di specchi, nell'autorità che si estrinseca nel procedimento amministrativo vive riflessa la libertà degli amministrati e, specularmente, in quest'ultima si riflette il *quantum* di potere pubblico esercitato. Per questa via il procedimento si svela come strumento principe di convivenza sociale e politica.

Di non minor interesse ai fini della nostra indagine sembra il termine reso aggettivale rispetto al "procedimento". La potente evocazione della "giustizia" nel procedimento apre, infatti, una prospettiva di teoria della giustizia, cioè di ricerca dell'idea di giustizia sottesa, e con essa di teoria della Costituzione, che della giustizia dovrebbe essere la prima garanzia e l'"ultima fortezza"<sup>6</sup>. Sullo sfondo pare consumarsi il perenne ed irrisolto confronto tra concezione sostanzialistica e proceduralistica della giustizia: se letto sotto il primo angolo prospettico, il "giusto" procedimento pare alludere, in una visione tipicamente giusnaturalistica, ad un concetto ideale di Giustizia, preesistente rispetto al diritto positivo e direttamente collegato ai diritti inviolabili della persona; se guardata con la lente "proceduralista", la giustizia, invece, non esiste già ma si fa, in una continua tensione verso l'obiettivo, *attraverso* il metodo

<sup>3</sup> Di recente hanno adottato questa linea di indagine della storia del diritto amministrativo L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003.

<sup>4</sup> M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1960, p. 75. Applica al procedimento la coppia autorità/libertà M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, p. 252 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1435 ss.

<sup>5</sup> In un'originale analisi dei percorsi di soggettivizzazione giuridica dell'uomo G. VOLPE, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo-specie, i diritti umani*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, pp. 335-8, ha ricostruito il rapporto tra libertà ed autorità, tra individuo e sovrano, come una dualità indistinta, una simbiosi, in cui la libertà fonda e legittima l'autorità e questa garantisce quella dalla "contaminazione con gli altri e non come una contrapposizione od una relazione, secondo l'orientamento molto diffuso nelle teorie politiche e giuridiche delle libertà".

<sup>6</sup> Secondo la fortunata espressione coniata, come noto, con riguardo alla "giustizia costituzionale" da R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

procedimentale<sup>7</sup>. Nel primo caso la Giustizia sgorga da un assetto di interessi preesistenti all'esplicarsi del procedimento, nel secondo è il procedimento, inteso come metodo obiettivo di decisione, a divenire fine e metodo di giustizia attraverso la comparazione degli interessi che emergono dal caso concreto<sup>8</sup>. I riflessi in punto di teoria della Costituzione appaiono auto-evidenti. Concezione e modelli ideali (o etici) di Giustizia attingono ad un paradigma sostanzialistico della Costituzione, concepita come tavola di valori idonea ad orientare l'intero ordinamento giuridico. Per contro, e con tutte le sfumature ed eccezioni derivanti dall'inammissibilità nel mondo del diritto di rappresentazioni *more geometrico*, la seconda prospettiva apre ad una idea della Costituzione come suprema garanzia delle procedure attraverso cui le istanze sociali, nella concretezza dei casi della vita, possono trovare soddisfacimento (anche) nell'amministrazione.

In entrambi i casi, però, la locuzione "giusto procedimento" appalesa l'insufficienza della mera *legalità* dell'azione amministrativa, intesa come corrispondenza alla legge, quale fondamento giuridico della procedura e rimette con forza in gioco quella dimensione giuridica che la legge ha oggi fagocitato e, cioè, la *legittimità* del diritto, che sola può sopportare un'idea di giustizia.

In questo scenario, il tentativo di verificare il possibile ancoraggio al testo costituzionale del principio del "giusto procedimento" amministrativo ha assunto un nuovo e ben più pregnante significato. Di fronte alla voragine aperta nell'ordinamento positivo dall'evocazione giusnaturalistica del "giusto" procedimento, proprio l'individuazione di un saldo appiglio del principio al testo della nostra Costituzione è parso, per un verso, l'espedito capace di evitare che venissero scomodati il "diritto naturale" e l'inafferrabile ragione giusnaturalistica, per l'altro, lo strumento utile a consentire che la "giustizia" di un procedimento venisse definita sulla base della sua conformità agli elementi ricavabili dal diritto costituzionale positivo.

Ne deriva che l'attribuzione di rango non solo materialmente, ma anche formalmente costituzionale al principio del giusto procedimento, assillo della dottrina amministrativistica e costituzionalistica sin dai *desiderata* di Vezio Crisafulli del lontano 1962, permetterebbe, da un lato, di sottrarne la disponibilità al

<sup>7</sup> E' noto che, nel tentativo di sviluppare una spiegazione "processuale" del diritto e dell'interpretazione giudiziale, i teorici del *Legal Process* concepirono "il legittimo processo decisionale giuridico" dipendente "da valori processuali, non da una teoria sostanziale" e "la procedura" come scaturigine di "un processo oggettivo attraverso il quale il diritto avrebbe potuto raggiungere risultati eticamente desiderabili". Sul *Legal Process*, nell'ambito delle teorie concettualistiche moderne del diritto, cfr. G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York-London, 1995, trad. it. M. BARBERIS (a cura di), *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it. C. Colli, Bologna, 2001, p. 62 ss., cui si riferisce il virgolettato.

<sup>8</sup> Così M. NIGRO, *ult. cit.*, p. 1438.

legislatore ordinario, dall'altro, e soprattutto, di individuare gli istituti e le regole procedimentali, minime ed indefettibili, integranti il "giusto procedimento", sino ad oggi caratterizzato sì da una elevata potenza evocativa, ma anche da un'estrema evanescenza di contenuti<sup>9</sup>.

In conformità con l'ordine di idee esposto, l'indagine prenderà le mosse dall'analisi degli itinerari logico-argomentativi adoperati dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina negli scorsi decenni, al fine di coglierne gli elementi di perdurante attualità. Proseguirà con un tentativo di sottoporre ad un ripensamento critico la nozione di procedimento, alla luce della storia "costituzionale" del diritto amministrativo, dell'inquadramento dogmatico dell'istituto fornito dalla dottrina amministrativistica e dai teorici generali del "processo", nonché del contributo delle esperienze maturate negli ordinamenti stranieri. Quello che lo scritto si propone è, in sostanza, di verificare la bontà della radicale re-impostazione del tema legata alla configurazione del "procedimento" come *genus* a cui ricondurre la *species* "processo". Re-impostazione da effettuarsi – secondo una proposta interpretativa oggi assai diffusa<sup>10</sup> – per il tramite del novellato art. 111 della Costituzione, quale strumento ermeneutico per la messa a punto del contenuto minimo e della latitudine del giusto procedimento, sempre oscillante tra le due anime di garanzia difensiva delle situazioni giuridiche soggettive e canone oggettivo della funzione amministrativa. Laddove, poi, l'ipotesi di individuare il fondamento costituzionale del giusto procedimento nell'art. 111 Cost. dovesse apparire difficilmente realizzabile nel delineato percorso argomentativo, si vaglierà l'idea che la norma costituzionale possa essere, comunque, considerata un "modello" in base al quale conformare il procedimento amministrativo. In questo caso l'attenzione si sposta inevitabilmente sulla "processualizzazione" delle funzioni statuali e sulla possibilità di ricostruire uno statuto unico del principio del contraddittorio in punto di teoria democratica.

## **2. Il principio del giusto procedimento nella giurisprudenza costituzionale: l'eco perduta della sentenza n. 13 del 1962 e le ragioni della negazione del rango costituzionale.**

<sup>9</sup> Già V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 132 rilevava come l'aspetto o il momento più propriamente procedimentale del principio del giusto procedimento opponeva non poca resistenza a lasciarsi determinare con sufficiente precisione.

<sup>10</sup> Spunti si rinvencono in M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Il Foro amministrativo*, 2001, p. 1836, nota 23; G. COLAVITTI, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); G. DE MARTIN, *L'amministrazione pubblica e la Costituzione*, Relazione svolta al Convegno MEIC su "Cattolicesimo italiano e riforme costituzionali", Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 5/6 maggio 2006, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), secondo cui il giusto procedimento "fa logicamente il paio con il giusto processo, espressamente sancito in Costituzione".

Secondo un giudizio ormai sedimentato nella nostra dottrina giuspubblicistica<sup>11</sup>, la Corte costituzionale non ha svolto nei confronti della pubblica amministrazione quell'“opera di vitalizzazione costituzionale”<sup>12</sup> che sarebbe stata necessaria per adeguare lo statuto giuridico dell'amministrazione ai valori sottesi al disegno costituzionale e per farne il volano per sempre più avanzate mete di democratizzazione dell'ordinamento. Insoddisfacente è apparsa, in particolare, l'assenza di ogni sforzo nella giurisprudenza costituzionale per desumere dalle disposizioni costituzionali il principio del “giusto procedimento” nell'attività amministrativa autoritativa<sup>13</sup>; autoritatività che di per sé, come aveva da tempo evidenziato la dottrina amministrativa<sup>14</sup>, non voleva dire assenza di giusta procedura.

A circa vent'anni di distanza dall'enunciazione di questo critico giudizio<sup>15</sup>, l'interprete non può non constatare che alcune pronunce dell'ultimo decennio contengono i segni di una progressiva, anche se lenta, erosione della monoliticità della pregressa giurisprudenza. Segni che di per sé non paiono sufficienti per preconizzare un *overruling* sul punto ed un sovvertimento del giudizio formulato, ma che, da un lato, mostrano che i mutamenti genetici subiti dal potere pubblico hanno scalfito anche le argomentazioni adoperate dal Giudice delle leggi per negare valore costituzionale alla giusta procedura amministrativa, dall'altro, riaprono la partita per la conquista del “podio” costituzionale. La sfida per la comunità scientifica potrebbe divenire, allora, quella di offrire nuove

<sup>11</sup> Cfr., in particolare, U. ALLEGRETTI, *La Corte costituzionale e l'amministrazione: un bilancio al 1981*, in *Le Regioni*, 1981, p. 1181 ss., ora in ID., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, p. 135 ss.; ID., *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 269 ss.; ID., *Il controllo della pubblica amministrazione da parte della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Luigi Galateria*, Rimini, 1987, p. 35 ss.; L. ARCIDIACONO, *L'organizzazione amministrativa nel disegno costituzionale e nella giurisprudenza della Corte*, in *Politica del diritto*, 1983, p. 451 ss.; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, p. 433 ss.

<sup>12</sup> Secondo l'espressione adoperata da G. BERTI, *Corte costituzionale e autonomie territoriali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *ult. cit.*, p. 314, per qualificare il mancato apporto della giurisprudenza costituzionale alla valorizzazione del principio di autonomia territoriale.

<sup>13</sup> Similmente, anche i giudici amministrativi hanno rifiutato di estrarre dalla Costituzione un comando di partecipazione generalizzata dei privati all'attività amministrativa, come già rilevato a metà Anni '80 da A. PUBUSA, *La procedura di formazione degli atti individuali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, p. 685 ss.

<sup>14</sup> In particolare, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 118 ss.; più tardi G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 796 ss.

<sup>15</sup> Di assiomaticità ed apoditticità della giurisprudenza costituzionale in argomento ha parlato anche G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/1987, p. 47 ss.

sollecitazioni al Giudice costituzionale per un coraggioso ripensamento della questione del fondamento costituzionale del giusto procedimento amministrativo.

La storia della giurisprudenza costituzionale in tema di giusto procedimento inizia, come noto, con la lontana ma tutt'oggi riecheggiante sentenza n. 13 del 1962, annotata da Vezio Crisafulli<sup>16</sup>. In quell'occasione la Corte, per la prima volta, ragionò di "giusto procedimento" come forma di estrinsecazione della funzione amministrativa piuttosto che di quella giurisdizionale. Due sono, secondo la Corte, le regole che integrano il principio del giusto procedimento: la prima impone lo stacco tra norma e provvedimento nelle limitazioni dei diritti dei cittadini, concretante quella "riserva di provvedimento" che appare al Giudice costituzionale come il naturale portato del principio di legalità inteso nel suo significato più garantistico; la seconda attiene, invece, al rispetto di modalità procedurali nell'esercizio della funzione amministrativa che consentono "gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici" e la partecipazione dei privati "sia a tutela dell'interesse del privato sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico"<sup>17</sup>.

Le due regole enunciate trovarono, quindi, una *reductio ad unum* nella comune riconduzione al "giusto procedimento" qualificato come "punto costante di orientamento nella legislazione e nella interpretazione ed applicazione che delle leggi fanno la giurisprudenza e la prassi" e per ciò stesso "principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato"<sup>18</sup>, di cui, però, la Corte non rinvenne alcun appiglio costituzionale.

Negli anni successivi la Corte ridimensionò radicalmente le aspettative di cui era stata caricata quella prima pronuncia, non percorrendo quelle "suggestive prospettive di ricerca"<sup>19</sup> dalla medesima aperte. E così in ordine al primo e pregnante profilo dello *hiatus* tra il prevedere in astratto ed il provvedere in concreto, la giurisprudenza costituzionale in tema di leggi-provvedimento continuò a negare, confermando l'orientamento inaugurato a partire dalla nota sentenza n. 60 del 1957<sup>20</sup>, l'esistenza di un obbligo costituzionale di distinguere il disporre dal provvedere e con ciò

<sup>16</sup> V. CRISAFULLI, *op. e loc. ult. cit.* Più tardi vedi le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, pp. 230-1.

<sup>17</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 1962, punto 3 del *Considerato in diritto*. Già, peraltro, nelle sentt. nn. 4 e 52 del 1958 (in *Giur. cost.*, 1958, p. 17 ss. e p. 598 ss.) la Corte aveva accennato all'esigenza di garanzie per gli interessati "anche nello stadio di formazione degli atti", alla "facoltà di presentare istanze" preventive rispetto all'atto terminale, alla presenza di rappresentanti delle categorie interessate negli organi competenti a provvedere.

<sup>18</sup> *Ivi*, punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>19</sup> Di cui discorreva V. CRISAFULLI, *ult. cit.*, p. 142.

<sup>20</sup> In *Giur. cost.*, 1957, p. 684 ss.

stesso la configurabilità nel nostro ordinamento costituzionale di una riserva di amministrazione<sup>21</sup>. Ne seguiva un progressivo, ma inesorabile svuotamento del significato garantistico del principio del giusto procedimento<sup>22</sup>, soprattutto grazie alla sentenza n. 143 del 1989<sup>23</sup>, la quale, nel sancire l'ammissibilità di leggi-provvedimento regionali, ne circoscriveva definitivamente la portata precettiva alla sola valenza procedimentale. Insomma, la giurisprudenza costituzionale non solo non sciolse il nodo gordiano della valenza costituzionale del distacco tra norma e provvedimento, ma ne incrinò addirittura la qualità di principio generale dell'ordinamento giuridico.

Neppure la veste procedimentale-partecipativa del "giusto procedimento"<sup>24</sup>, che impone "il canone *audiatur et altera pars*"<sup>25</sup>, incontrò maggior fortuna. La Corte mostrò, infatti, ferma opposizione alla sua "ascesa" costituzionale, confermando sì la sua natura di principio generale dell'ordinamento giuridico e di "criterio di orientamento così per il giudice come per l'interprete", ma negandone recisamente il valore costituzionale<sup>26</sup>, per la precipua ragione che "la tutela delle situazioni soggettive è comunque

<sup>21</sup> Per un'esauritiva ricostruzione della giurisprudenza costituzionale che ha negato l'esistenza di "una riserva di amministrazione" e con essa di uno dei profili qualificanti il giusto procedimento si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a A. CARDONE, *L'accesso in materia di leggi-provvedimento e leggi autoapplicative*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, p. 377 ss.

<sup>22</sup> Sottolinea l'inscindibilità del nesso intercorrente tra principio del giusto procedimento e leggi-provvedimento, nel senso che l'ammissibilità di queste ultime può essere riconosciuta solo ove si escluda la sussistenza di un principio costituzionale di giusto procedimento, M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, cit., p. 1833.

<sup>23</sup> In *Giur. cost.*, 1989, I, p. 680 ss. Evidenziano con forza quest'aspetto, rimarcando la solo apparente continuità con la sentenza n. 13 del 1962, A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento (in margine all'innovativa sent. n. 143 del 1989)*, ivi, II, p. 1072 ss., part. 1076 e F. SALVIA, *Giusto procedimento e leggi provvedimento regionali*, in *Le Regioni*, 1990, p. 1111 ss. Cfr., però, A. SIMONCINI, *La legge «senza valore» (ovvero, della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2033, il quale in un *obiter dictum* della pronuncia (quello che nega rilevanza al principio perché la legge impugnata pone vincoli solo alle amministrazioni ma non ai privati) scorge una possibile apertura alle tesi crisafulliane. Peraltro, sull'esigenza che anche nel procedimento di formazione delle leggi-provvedimento venga assicurato il contraddittorio con gli interessati, cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1967; A. FRANCO, *ult. cit.*, p. 1041.

<sup>24</sup> Coinvolgono il «giusto procedimento» con riferimento al diritto di partecipazione ed al contraddittorio le pronunce nn. 30, 90 del 1966; 80 del 1969; 175, 209 del 1971; 212 del 1972; 23 del 1978; 7, 83, 204 del 1982; 301 del 1983; 42 del 1984; 234 del 1985; 101, 151, 270 del 1986; 503 del 1987; 45, 235, 331, 513, 971, 1164 del 1988; 381 del 1989; 344 del 1990; 345 del 1991; 37, 393 del 1992; 103 del 1993; 263 del 1994; 57, 210, 312, 408, 505 del 1995; 26 del 1996; 2 del 1997; 68, 316 del 1998; 71, 225, 226 del 1999; 29, 94 del 2000; 429 del 2002; 53 del 2003; 111, 345 del 2005; 103, 104 del 2007.

<sup>25</sup> Come ha ritenuto Corte cost., sentt. nn. 344 del 1990; 103 del 1993 e 57 del 1995.

<sup>26</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 59 del 1965; 212 del 1972 (che peraltro statui la non riferibilità della garanzia del giusto procedimento a posizioni giuridiche che non fossero tutelate come diritti); 23 del 1978; 5 del 1980; 7, 91, 148 del 1982; 301 del 1983; 234 del 1985; 48 del 1986; 344 del 1990; 346 del 1991; 103 del 1993; 57 del 1995; 210 del 1995; 312 del 1995; 68 del 1998.

assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24, comma I e 113 Cost.<sup>27</sup>. In altri termini, nell'apparato argomentativo del Giudice costituzionale il giusto procedimento non solo non è costituzionalmente necessario per garantire l'*effettività* della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, ma, a rovescio, proprio l'esistenza della tutela in sede giurisdizionale rende superflua una tutela anticipata in sede procedimentale<sup>28</sup>.

Non desta allora stupore che la Corte non cogliesse le sollecitazioni della comunità scientifica per un'interpretazione "evolutiva" di quelle disposizioni costituzionali che sole avrebbero potuto consentire di fondare costituzionalmente il giusto procedimento. Il riferimento è agli artt. 24 e 97 della Costituzione. In ordine al primo, la Consulta ritenne che il diritto di difesa garantito dall'art. 24 inerisse ai soli procedimenti giurisdizionali e non fosse, quindi, estensibile al giusto procedimento amministrativo, neppure se di carattere contenzioso, quale segnatamente quello disciplinare<sup>29</sup>. Similmente, l'"esangue visione"<sup>30</sup> dei principi di imparzialità e di buon andamento impedì di fondare in Costituzione le istanze di procedimentalizzazione della funzione amministrativa: il primo venne, infatti, per lo più inteso come mera parità di trattamento dei casi eguali in "attuazione concreta del principio di uguaglianza"<sup>31</sup>; il secondo equiparato alle autoritative esigenze di "buona amministrazione" e di "ottimale funzionalità"<sup>32</sup>, inidonee a rompere l'assetto storico dell'amministrazione pre-repubblicana.

Nel panorama giurisprudenziale sono, però, carsicamente affiorate alcune pronunce che, sebbene non abbiano avuto la forza argomentativa per contrastare la graniticità della giurisprudenza prevalente, ne hanno scalfito, con eloquenti allusioni ed *obiter dicta*, alcuni dei percorsi logici più di sovente seguiti.

Partitamente, spunti di interesse si colgono nella giurisprudenza costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legislazione urbanistica a partire dalla fine degli anni '50<sup>33</sup>, ove il rispetto dell'anima

<sup>27</sup> Così, in particolare, le già citate pronunce nn. 103 del 1993; 57 del 1995; 210 del 1995; 312 del 1995; 68 del 1998.

<sup>28</sup> U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e Pubblica amministrazione*, cit., p. 281, ha stigmatizzato tali argomenti come tipici di "un'ottica insieme autoritaria e filogiurisdizionale".

<sup>29</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 10 del 1963; 146 del 1963; 12 del 1965; 80 del 1964; 83 del 1966; 32 del 1974; 248 del 1983; 107 del 1994; 173 del 1994; 197 del 1994; 57 del 1995; 356 del 1995; 313 del 1995. In senso critico su questa impostazione vedi A. CERRI, *Difesa e contraddittorio nel procedimento*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2731 ss.

<sup>30</sup> Così, specificamente per il buon andamento, U. ALLEGRETTI, *La Corte costituzionale e l'amministrazione: un bilancio al 1981*, cit., p. 149.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 22 e 25 del 1966; 10 del 1980.

<sup>32</sup> Così Corte cost., sent. n. 234 del 1985, in *Le Regioni*, 1985, p. 440 ss., con commento di G. SCIULLO, *Giusto procedimento e localizzazione dei programmi di edilizia residenziale pubblica*, ivi, p. 440 ss.

<sup>33</sup> Esemplicativamente, sentt. nn. 4 del 1958; 38 del 1966; 55 del 1968; 59 del 1968; 5 del 1980.



partecipativa del giusto procedimento nella limitazione e conformazione della proprietà privata pare essere stato inteso dalla Corte come filtro del criterio della “funzione sociale” e, per quella via, ricondotto alla garanzia costituzionale dei *contenuti* della proprietà<sup>34</sup>. Particolarmente perspicua in argomento la decisione n. 143 del 1989, ove la Corte non ha escluso che il principio del giusto procedimento possa godere di una copertura costituzionale in forza dell’art. 42, comma 3, Cost., “pur all’interno di un procedimento culminante in un’approvazione legislativa” ed almeno “in relazione ai procedimenti comportanti vincoli o limiti per i privati”<sup>35</sup>. Per tale via l’art. 42, se letto in una visione unitaria del giusto procedimento, potrebbe arrivare ad offrirne fondamento costituzionale almeno nelle materie coperte da riserva relativa di legge<sup>36</sup>.

Suscettibili di ancor più fecondi svolgimenti rispetto alla menzionata giurisprudenza, materialmente limitata alla Costituzione economica, appaiono poi alcune decisioni che, talora, hanno accennato ad un accostamento tra il principio del giusto

<sup>34</sup> Questa la lettura proposta da G. LOMBARDI, *Espropriazione dei suoli urbani e criterio del due process of law*, in *Giur. cost.*, 1980, II, p. 481 ss., che pare attribuire al giusto procedimento in materia di diritti economici una funzione di natura sostanziale, alla stregua del modello del *substantive due process of law* dell’ordinamento statunitense. Sulla garanzia dell’art. 42, comma 3, Cost. come inclusiva del giusto procedimento, inteso non solo nella sua dimensione procedurale ma anche in quella sostanziale, vedi anche M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 1362 ss. Di recente ha esperito un sistematico tentativo di interpretare la giurisprudenza costituzionale in materia di libertà economiche ed, in particolare, di pianificazione urbanistica, sulla base della distinzione tra concezione “proceduralistica” e “sostanzialistica” del *due process of law*, M. COMBA, *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense*, in S. SICARDI-R. FERRARA (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e Costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998, p. 220 ss.

<sup>35</sup> Punto 2 del *Considerato in diritto*. Evidente il debito contratto dal Giudice costituzionale in questa pronuncia con la tesi propugnata da A. M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione* (1978), in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. VI, Napoli, 1990, pp. 121-2, che, assumendo la reciproca, se non necessaria implicazione, tra i due “profili” del giusto procedimento, osservava come “laddove, per ragioni intrinseche, non riesca possibile che la legge soddisfi l’esigenza della riserva di legge, enunciata dall’art. 42 a proposito della determinazione dei contenuti della proprietà mediante la indicazione alla autorità amministrativa di appropriati criteri, da osservare nell’esercizio dei suoi poteri, ivi l’obiettivo che sta alla base dell’esigenza stessa può essere recuperato attraverso il giusto procedimento”.

<sup>36</sup> Questa, se non si fraintende il pensiero dell’A., la conclusione cui perviene C. PINELLI, *La pubblica amministrazione. Sub art. 97*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, pp. 65-6, il quale evidenzia che ove nella Costituzione – come emblematicamente avviene nell’art. 42, comma 3 – non si distingue tra il prevedere in astratto ed il provvedere in concreto e, quindi, le leggi-provvedimento sono non solo ammissibili, ma addirittura costituzionalmente imposte, le esigenze garantistiche e democratiche sottese all’istituto della riserva di legge possono trovare appagamento nell’istanza partecipativa, se del caso al procedimento legislativo. Ciò, ritiene l’A., a testimonianza che le due anime del giusto procedimento, quella garantista e quella procedimentale, troppo spesso studiate nella giuspubblicistica come due “universi comunicabili”, sono in realtà inestricabilmente coimplicate.

procedimento e gli artt. 24 e 113 Cost., talaltra, hanno affiancato il primo ai principi di imparzialità e buon andamento, talaltra ancora hanno discusso di “giusto procedimento” nei rapporti tra i diversi livelli territoriali di governo.

Nell’intersezione tra giusto procedimento e garanzia delle sfere giuridiche soggettive, la Corte, dopo aver significativamente riconosciuto che “il principio del giusto procedimento, a parte la questione se esso abbia natura costituzionale, è strettamente collegato con la tutela delle situazioni dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri”<sup>37</sup>, è parsa ammettere l’estensione della giusta procedura, *sub specie* di diritto al contraddittorio, ai procedimenti amministrativi di carattere contenzioso, facendo appello “al principio di proporzionalità nella sanzione”, quindi ad una garanzia sostanziale<sup>38</sup>, ed all’esigenza di “salvaguardare un nucleo essenziale di valori inerenti ai diritti inviolabili della persona”<sup>39</sup>. In una successiva pronuncia, la n. 211 del 1998<sup>40</sup>, l’asserita necessità di rispettare i principi costituzionali di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi nella determinazione delle tariffe e delle rendite catastali è apparsa il segno inequivocabile di un “clandestino incontro” tra il principio del “giusto procedimento” e gli artt. 24 e 113 Cost., sulla base della constatazione che solo la “riserva di procedimento” per l’estrinsecazione delle valutazioni discrezionali dell’amministrazione potrebbe consentire l’effettività della tutela garantita dall’ordinamento costituzionale. In questa prospettiva il procedimento diviene, infatti, “aspetto essenziale di una complessiva garanzia costituzionale del cittadino di fronte ad interventi pubblici incidenti sulle sue posizioni soggettive, garanzia che ricomprende sia tutele di carattere giurisdizionale (contro gli atti nei quali si articola il procedimento), sia aspetti partecipativi, attraverso i quali al privato è possibile intervenire nella formazione degli atti, contribuendo a dimensionare la determinazione dell’interesse pubblico”<sup>41</sup>.

A tutt’altro ordine di idee paiono ispirarsi, invece, quelle decisioni che adombrano una rispondenza del giusto procedimento ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Si è trattato di manifestazioni da parte della Corte di un *favor*, da un lato, per la garanzia del contraddittorio nel procedimento amministrativo,

<sup>37</sup> Corte cost., sent. n. 151 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1029 ss.

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 220 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1647 ss. e su di essa A. CERRI, *Dalla garanzia del “giusto procedimento” in sede disciplinare al criterio della “proporzionalità”: spunti problematici e riflessioni a partire da un’interessante sentenza della Corte*, ivi, 1995, pp. 1648-9.

<sup>39</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 128 e 356 del 1995.

<sup>40</sup> In *Giur. cost.*, 1998, p. 1633 ss.

<sup>41</sup> Questa la lettura della pronuncia proposta da N. ZANON, *La legge di sanatoria non è onnipotente: un’ammissione importante in nome del “giusto procedimento” e degli artt. 24 e 113 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1651 ss.

richiamando talora il principio di imparzialità<sup>42</sup>, talaltra quello di buon andamento<sup>43</sup>, talaltra ancora entrambi<sup>44</sup>; dall'altro, per la determinatezza dei tempi dell'agire dell'amministrazione<sup>45</sup>. Quello che pare emergere dalle allusioni della Corte in ordine ad un rapporto di "strumentalità" tra "le garanzie procedurali a presidio della difesa" ed i principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione è, però, non tanto un rapporto di stretta e necessaria implicazione, quanto una positiva influenza di meccanismi, quali la determinatezza dei tempi procedurali ed il contraddittorio, sul rispetto di quei principi<sup>46</sup>. Ciò che, comunque, sembra radicalmente mancare è una sistematica concettualizzazione dei nessi di derivazione del giusto procedimento dal buon andamento e dall'imparzialità, ciascuno dei quali dotati di autonomi, e talvolta confliggenti, contenuti precettivi e trattati, invece, di sovente, dalla Corte come concetti non solo intersecanti, ma addirittura fungibili<sup>47</sup>.

Infine, la Corte ha offerto all'interprete un'ultima suggestiva prospettiva di ricerca ove ha discusso di "giusto procedimento" come

<sup>42</sup> Cfr. sentt. nn. 17 del 1991; 197 del 1994.

<sup>43</sup> Cfr. sentt. nn. 57 e 126 del 1995 (in *Giur. cost.*, 1995, p. 481 ss e p. 981 ss.). In particolare, D. SORACE, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni*, in *Annuario Aipda 2002*, Milano, 2003, p. 26 ritiene non imprudente vedere in quest'ultima pronuncia il riconoscimento del fondamento costituzionale del giusto procedimento, ove si consideri che la Corte ha accolto l'eccezione relativa alla mancanza delle "garanzie procedurali a presidio della difesa" rilevando la lesione del canone costituzionale del buon andamento.

<sup>44</sup> Cfr. sentt. nn. 128 del 1995; 103 e 104 del 2007.

<sup>45</sup> Cfr. sent. n. 41 del 1990, in cui la Cfr. sent. n. 128 del 1995.

Corte ha ritenuto che la riserva di legge di cui agli artt. 23 e 52 Cost. richiede, a pena di incostituzionalità, che la legge predetermini anche i moduli procedurali dell'azione amministrativa, così come imposto dai "canoni di ragionevolezza, di imparzialità, di rispondenza ai fini da perseguire". Ha visto nella citata sentenza il segno del riconoscimento da parte della Corte del rango costituzionale del giusto procedimento, per lo meno in relazione ai diritti di libertà ed ai diritti politici e nella sua più elementare accezione di diritto alla determinatezza dei tempi procedurali, M. COMBA, *ult. cit.*, p. 224 ss.

<sup>46</sup> Di questo tenore, seppur con limitato riguardo al rapporto tra il principio di imparzialità ed il diritto di difesa, considerato quest'ultimo non tanto come un corollario del primo, quanto come un *adminiculum impartialitatis*, le opinioni di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993, p. 89 ss.; C. PINELLI, *ult. cit.*, pp. 196-7.

<sup>47</sup> Non sembra, del resto, consentire una più esaustiva e ragionata "filiazione" del giusto procedimento dall'art. 97 della Costituzione la sent. n. 393 del 1992, ove la mancanza del "procedimento", in un caso in cui appariva necessario per l'emersione e la ponderazione degli interessi coinvolti, è stata dalla Corte censurata per violazione del principio di buon andamento. Per una valorizzazione della menzionata pronuncia vedi, invece, M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento*, cit., p. 1840 ss., che ha letto nella declaratoria di illegittimità del silenzio-assenso la spia per riconoscere valore costituzionale al giusto procedimento per il tramite dell'art. 97 Cost. Nel senso che la previsione di ipotesi di silenzio provvedimento nei casi di attività amministrativa altamente discrezionale si risolve in una lesione del giusto procedimento, vedi già le considerazioni svolte, a commento dell'ordinanza n. 394 del 1991, da E. PALICI DI SUNI, *Inerzia della Pubblica Amministrazione e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 13 ss.

della forma di “partecipazione equilibrata all’esercizio della funzione amministrativa dei diversi livelli di governo coinvolti”<sup>48</sup>.

Senza compiere fughe in avanti, pare sin d’ora possibile tentare alcune considerazioni d’insieme sugli approdi della più recente giurisprudenza costituzionale, che potrebbero fornire la chiave di volta per l’inizio di un nuovo percorso di ricerca. Dalla loro lettura comparata emerge, infatti, che i (timidi) tentativi giurisprudenziali di ancoraggio costituzionale del giusto procedimento, così come, del resto, la sua disciplina nella legislazione ordinaria, oscillano, come un pendolo, tra la sua preordinazione alla garanzia delle situazioni giuridiche soggettive e la sua configurazione come metodo obiettivo di esercizio della funzione amministrativa. Sembra muoversi nell’alveo della prospettiva soggettivo-garantistica l’esplicito riferimento agli artt. 24 e 113 Cost. Spingono, invece, nella direzione della sua “obiettivizzazione”, da un lato, il richiamo alla “buona amministrazione” ed alle “esigenze di funzionalità”, dall’altro, l’uso dell’espressione “giusto procedimento” non solo nei rapporti tra i cittadini ed i pubblici poteri, ma anche tra i diversi livelli territoriali di governo. La sfida per l’interprete diviene allora quella di volgere lo sguardo all’ordinamento costituzionale per tentarne una “fondazione” che combini insieme l’“anima” soggettivo-garantistica del principio con quella oggettivo-funzionale. Salvo, poi, accorgersi che lo stesso diritto costituzionale positivo induce a sciogliere l’alternativa ed a scegliere uno dei due corni che la contraddistinguono.

### **3. Alla ricerca del fondamento costituzionale del principio del giusto procedimento nei percorsi logico-argomentativi della dottrina giuspubblicistica.**

Prima, però, di raccogliere la sfida appena lanciata, d’obbligo appare saggiare i percorsi logico-argomentativi della giuspubblicistica, onde selezionare, al di là dell’adesione all’una o all’altra tesi, le *variabili* argomentative e le *invariabili* esigenze con cui deve necessariamente confrontarsi chi voglia oggi cimentarsi nel tentativo di ancorare saldamente alla Costituzione il principio del giusto procedimento<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Corte cost., sent. n. 353 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3617 ss.; più di recente, Corte cost., sent. n. 133 del 2005, in *Consulta on line* e sent. n. 397 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 4187 e ss., ove si discorre di principio generale del giusto procedimento che “impone di per sé la garanzia del contraddittorio a tutela degli enti” nei procedimenti amministrativi in funzione di controllo sostitutivo, senza però assurgere a parametro di legittimità costituzionale della legge chiamata a disciplinare il procedimento di controllo.

<sup>49</sup> Il tema ha, del resto, registrato un rinnovato interesse in occasione dell’approvazione della l. n. 15 del 2005. Cfr., in particolare, i recenti contributi di N. LONGOBARDI, *Il principio del <<giusto procedimento>> come limite al legislatore*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); G. COLAVITTI, *Il “giusto procedimento” come principio di rango costituzionale*, ivi; F. CINTIOLI, <<Nuovo>> *procedimento amministrativo e principi costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2005, p. 648

Diverse ed irte sono state le strade percorse ed elevata la posta in gioco: da un lato, la sua trasformazione da parametro di legittimità costituzionale delle sole leggi regionali a parametro anche delle leggi statali; dall'altro, in forza della diffusione della superiore prescrittività costituzionale<sup>50</sup> e della tendenza al ridimensionamento della scissione fra legalità ordinaria e costituzionale<sup>51</sup>, la sua immediata precettività e giustiziabilità nei confronti dell'amministrazione.

Se si dispongono le soluzioni prospettate su un'ideale piramide rovesciata, la cui base coincida con le fondamenta della nostra forma di convivenza politica, ci si avvede che il principio del giusto procedimento è stato direttamente ricondotto al cuore pulsante della nostra Costituzione. Il principio è, infatti, apparso come inveramento del principio democratico di cui all'art. 1 Cost. attraverso il grimaldello della rappresentanza che, in crisi a livello politico, verrebbe così recuperata a livello amministrativo<sup>52</sup>. Al di là della problematicità di desumere in via ermeneutica da tale "altisonante" norma la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, ciò che preme evidenziare è che la teorica in questione pone in evidenza il nervo, scoperto, del rapporto di stretta implicazione tra giusto procedimento e teoria democratica. L'acquisita consapevolezza, cioè, che la conclamata crisi del rapporto "ascendente" di legittimazione politica, tanto nella concezione della rappresentanza come mezzo

ss.

<sup>50</sup> In termini teorico-general, cfr. P. PINNA, *Il costituzionalismo del secondo dopoguerra e la crisi del controllo di costituzionalità accentrato*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione": verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, p. 490 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, p. 291 ss.; Id., *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Diritto pubblico*, 2004, p. 893 ss.

<sup>51</sup> Sui segni della ricomposizione della frattura tra le due legalità e, per quella via, sull'opera di saldatura tra Costituzione ed amministrazione, vedi, anche in ordine ai riflessi sul tema del "giusto procedimento", C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 84 ss. e spec. p. 86. Sull'origine della scissione tra ordine costituzionale ed ordine legale, cfr. O. CHESSA, *Interpretazioni del pluralismo. Il diritto costituzionale tra stabilità e mutamento*, Milano, 2005, p. 98 ss. e spec. p. 106, che considera la dissociazione tra ordine legale e costituzionale – preclusiva, in assenza dell'intermediazione politica del legislatore (e della Corte costituzionale), della diretta diffusione della Costituzione in tutti i rami dell'ordinamento – come il portato della natura "armistiziale" della Costituzione dello Stato dei partiti. L'A. torna sul punto in Id., *La vita del testo*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*, 2008.

<sup>52</sup> Il riferimento corre, ovviamente, a L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 85 ss.; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, p. 205. Più di recente hanno, seppur incidentalmente, accennato al nesso tra partecipazione "procedimentale" e crisi del principio rappresentativo M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 698, che ha intravisto nelle "amministrazioni << partecipate >> e discorsive" un fattore di erosione del principio rappresentativo; D. CHIRICO, *Premesse ad uno studio sui rapporti tra poteri autoritativi ed atti consensuali nella regolazione della azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, n. 3/2004, p. 474, che ha letto nella partecipazione amministrativa il portato della "<< crisi del modello della rappresentanza degli interessi >> mediante le regole della politica e della democrazia rappresentativa".

utilitaristico-mimetico del governo diretto del popolo su se stesso<sup>53</sup> quanto nella visione funzionale come mezzo d'integrazione del popolo sovrano<sup>54</sup>, sollecita (*rectius*, impone) la promozione di istanze partecipative nelle funzioni statuali di carattere esecutivo, quale segnatamente quella amministrativa<sup>55</sup>, obbliga ogni tentativo di fondazione costituzionale del giusto procedimento a fare i conti con l'evoluzione di alcuni degli aspetti più intimi dell'ordinamento costituzionale, ossia di quelli che attengono al rapporto tra governanti e governati.

Se, poi, si scala l'ideale piramide rovesciata, ci si imbatte, dapprima, nella riconduzione del principio del giusto procedimento agli innominati diritti inviolabili dell'art. 2 della Costituzione, sulla scorta della dottrina tedesca del rapporto di mutua implicazione tra "dignità umana" e "*rechtliches gehör*" e nella sua specificazione per il tramite dell'art. 21 Cost.<sup>56</sup>; quindi, nella sua diretta derivazione dal principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma II, Cost.<sup>57</sup>; infine nell'estrapolazione della "giusta" conformazione del procedimento dalle disposizioni (13, 14, 15, 16 e 42 Cost.) in cui la limitazione dei diritti di libertà è garantita dall'istituto della riserva di legge, sulla base del progressivo ampliamento del contenuto del principio di legalità<sup>58</sup>. Le sensibilità sottese a tali ipotesi ricostruttive

<sup>53</sup> È questa la tradizionale concezione della rappresentanza come strumento tendenziale di approssimazione all'ideale della democrazia diretta che segna gran parte del pensiero costituzionale moderno e contemporaneo: la mente corre a J. MADISON, *Il Federalista n. 14*, trad. it. L. Levi, in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, Bologna, 1997, p. 215 ss.; J. S. MILL, *Considerations on representative government*, trad. it. P. Crespi, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Milano, 1946, p. 82 ss.; H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, trad. it. G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, 1998, p. 74; C. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, trad. it. M. Grego, *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza, 1950, p. 375; R. DAHL, *On democracy*, trad. it. C. Paternò, *Sulla democrazia*, Roma-Bari, 2000, p. 112 ss.

<sup>54</sup> Per tutti G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, 1989, p. 109 ss. e V. E. ORLANDO, *Il fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940)*, Milano, 1954, p. 418 ss.

<sup>55</sup> D'altro canto, N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied und Berlin, Luchterhand, 1969, trad. it. A. FEBBRAJO (a cura di), *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. it. S. Siragusa, Milano, 1995, p. 207 ss., riteneva opportuno, in nome dell'efficienza e razionalizzazione delle decisioni, esonerare il procedimento amministrativo dalle funzioni di reperimento del consenso e di legittimazione dell'attività sociale, solo fintantochè la politica avesse svolto la sua funzione ed avesse garantito un'elevata quota di legittimità dell'attività dello Stato. Venuta meno però quella pre-condizione, l'esonero del procedimento amministrativo da funzioni di legittimazione democratica perdeva la propria premessa concettuale.

<sup>56</sup> Vedi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, cit., p. 93 ss.

<sup>57</sup> Secondo quanto sostenuto in particolare da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, 1967; M. P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, p. 268.

<sup>58</sup> Segue questo percorso G. PUCCINI, *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedurali: una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, p. 182;

segnano, rispettivamente, l'alta valenza garantista del principio del giusto procedimento, assunto addirittura a diritto inviolabile della persona, e la sua proiezione verso il fine di trasformazione in senso egualitario e solidaristico dei rapporti sociali, secondo la logica propria dello Stato sociale di diritto. In questa prospettiva il giusto procedimento diviene la forma tipica di esercizio dell'azione amministrativa, incentrata sulla coppia funzione sociale-diritti della persona<sup>59</sup>.

Risalendo (o meglio scendendo) la piramide delle argomentazioni, di ancor più spiccato interesse appaiono, infine, quelle adoperate per ancorare il giusto procedimento amministrativo a disposizioni costituzionali dal contenuto più circoscritto e dal valore più immediatamente precettivo. E così in una prospettiva che ne privilegia l'anima "soggettivo-garantista", la "giustizia" nel procedimento è apparsa inestricabilmente connessa al diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, ed alla garanzia della tutela giurisdizionale di cui all'art. 113, comma 1, Cost.: il primo travalicerebbe i confini della funzione giurisdizionale e si imporrebbe anche alla funzione amministrativa, che nel perseguimento delle sue finalità istituzionali incontra di sovente le sfere giuridiche individuali; la seconda diverrebbe effettiva solo ove si consentisse la difesa anche nella prodromica fase procedimentale, di cui il processo giurisdizionale rappresenta, secondo la celebre impostazione benvenutiana, una continuazione<sup>60</sup>. Senza dimenticare le incongruenze ed aporie dell'impostazione<sup>61</sup>, alla medesima non

---

Id., *I diritti di libertà tra riserva di legge e garanzie procedimentali: un'analisi della legislazione statale*, in *Diritto e società*, 1990, p. 55.

<sup>59</sup> Discorre di spostamento del baricentro dell'agire amministrativo dalla coppia potere-soggezione a quella funzione sociale-diritti della persona, come conseguenza della trascrizione sul terreno amministrativo degli artt. 2 e 3 della Costituzione, U. ALLEGRETTI, *ult. cit.*, p. 208.

<sup>60</sup> Di recente ritiene preferibile fondare la necessità del procedimento nell'art. 24, comma 2, Cost. L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2005, pp. 119-20, note 86-7, in quanto l'art. 24, con l'espressa menzione del diritto di difesa, consentirebbe una lettura più pregnante delle situazioni giuridiche che si svolgono nell'ambito del procedimento e, per tale via, risolverebbe l'irrisolta *querelle* tra funzione collaborativo-obiettiva o difensivo-garantista del procedimento.

<sup>61</sup> In proposito F. DELFINO, *Amministrazione e diritto di difesa*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1972, ha ritenuto che alla configurabilità di un diritto di "difesa amministrativa" per il tramite dell'art. 24 fosse di ostacolo l'assenza di "neutralità" del soggetto decidente che, per quanto "imparziale" nella valutazione degli interessi coinvolti, non può esimersi dal perseguire l'interesse pubblico, che è innegabilmente un interesse di parte, per quanto *sui generis*. Ad avviso di chi scrive tale argomento appare, però, superabile alla luce delle note riflessioni svolte da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 166 e 183 ss. in ordine alla rappresentazione dell'interesse pubblico come interesse generale sociale o comunitario, ai rapporti che vengono così ad instaurarsi tra i due tipi di imparzialità ed alla conseguente osmosi di regole che spesso si verifica fra l'una e l'altra. Dal canto suo, G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio "a quo" e promuovimento del giudizio costituzionale*, Milano, 1990, pp. 108-11, ha obiettato che l'assimilazione del diritto di difesa in sede giurisdizionale a quello in sede amministrativa omette di considerare che il procedimento

può, però, essere disconosciuto il merito (almeno agli occhi di chi scrive) di aver rispolverato l'antica contiguità tra *administratio* e *jurisdictio*, che può fondatamente portare ad utilizzare i medesimi modelli procedurali.

Si muovono, invece, all'interno del disegno costituzionale della funzione amministrativa i tentativi di agganciare la "giustizia" nella procedura amministrativa ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Nella prima direzione, il "giusto procedimento", inteso come partecipazione e contraddittorio, è apparso il mezzo per far emergere nell'azione amministrativa tutti gli interessi coinvolti soggettivandoli, in modo da associarli effettivamente alle scelte amministrative<sup>62</sup> o, in un ancor più stretto legame con il principio democratico-rappresentativo e di eguaglianza, come l'unico strumento per mediare gli interessi privati nell'interesse pubblico inteso alla stregua di interesse generale sociale<sup>63</sup>. Nella seconda prospettiva, lo sviluppo di moduli procedurali partecipati è stato ritenuto funzionale alla completezza della fase istruttoria e, per quella via, alle esigenze di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, riconducibili al principio di buon andamento<sup>64</sup>. Se non si può negare che il rapporto tra partecipazione al procedimento ed imparzialità e

---

amministrativo, a differenza del processo, non ha lo scopo di proteggere i diritti delle parti.

<sup>62</sup> Secondo la nota tesi esposta da M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 67 ss. L'A., peraltro, in uno scritto successivo, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, p. 2039 ss., ha modificato la "purezza" dell'impostazione originaria, configurando il procedimento come "strumento di mediazione fra il fine di garanzia (l'imparzialità) e il fine di buona amministrazione (realizzazione dell'efficacia)", ove "l'ampia partecipazione, il complesso intrecciarsi degli interessi e dei fatti, l'attenta istruttoria che arricchiscono e vitalizzano il procedimento servono non solo a garantire la più scrupolosa imparzialità, ma a rendere possibile la scelta più adeguata".

<sup>63</sup> E' la tesi che, già adombrata da C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 257, è stata poi sistematicamente sviluppata da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 224 ss.; *Id.*, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 131 ss. In senso sostanzialmente adesivo, al di là di alcune divergenze nell'impostazione di fondo, A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, p. 120 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 784; F. SATTI, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, 1989, XV, Roma, pp. 1-7; G. SALA, *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 434 ss.; *Id.*, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 588 ss.; G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, 2000, p. 109 ss.

<sup>64</sup> Indicazioni in tal senso possono trarsi da A. ANDREANI, *Buon andamento dell'amministrazione, partecipazione dei cittadini e decentramento dei Comuni*, in *La partecipazione popolare alla funzione amministrativa e l'ordinamento dei consigli circoscrizionali comunali*, Atti del XXII Convegno di Varenna, Milano, 1977, p. 377; *Id.*, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, *passim*.



buon andamento è, per lo meno, ambivalente<sup>65</sup>, ciò che, però, appare innegabile è che le teoriche in esame, ancorando il giusto procedimento agli enunciati costituzionali sull'amministrazione, hanno sapientemente aggregato alla valenza "difensivo-garantista" del procedimento, privilegiata nella raffigurazione delle istanze partecipative come estrinsecazione dell'inviolabile diritto di difesa, una più marcatamente "oggettivo-funzionale", idonea a modificare dall'interno la funzione amministrativa che, chiamata a partecipare alla vocazione democratico-egalitaria dell'ordinamento costituzionale, assume proprio il "giusto procedimento" a canone obiettivo di esercizio.

Questo, sino a qualche tempo fa, il punto di arrivo della dottrina dedita alla ricerca di appigli costituzionali.

A fornire l'occasione per reimpostare radicalmente i termini della questione è stata, però, la legge costituzionale n. 2 del 1999, che – come noto – ha costituzionalizzato all'art. 111 Cost. il "giusto processo". Incidentalmente nella comunità scientifica<sup>66</sup> si è adombrata l'idea che l'assonanza tra giusto processo e giusto procedimento<sup>67</sup> potrebbe forse celare qualcosa di più di una mera somiglianza di suoni. A tale idea, sotterranea ed embrionale nel dibattito, dovrebbe dedicarsi, a parere di chi scrive, ben altra considerazione, laddove si tenga conto che, se l'ipotesi avanzata dovesse rivelarsi fondata, l'art. 111 Cost. diverrebbe la norma per conferire il crisma della costituzionalità anche al principio del "giusto procedimento".

Il nesso tra "giusto processo" e "giusto procedimento" merita, quindi, di essere sottoposto ad una verifica ben più rigorosa di quella effettuata dalla dottrina (costituzionalistica ed amministrativistica) che fino ad oggi si è occupata del "giusto processo" o, specularmente,

---

<sup>65</sup> In ordine al collegamento tra partecipazione al procedimento ed imparzialità, se è vero che quest'ultima garantisce momenti di rappresentazione degli interessi privati nel procedimento, è, però, altrettanto innegabile che la medesima – come ha rilevato C. PINELLI, *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigenziale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2584 ss. – costituisce anche l'ultima risorsa del potere pubblico per impedire, all'ombra di una "visione angelicata della partecipazione", inaccettabili derive di occupazione privata della cosa pubblica. In merito al rapporto tra istanze di partecipazione e buon andamento, già G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, p. 29, osservava che proprio quest'ultimo poteva costituire il limite negativo delle istanze partecipativo-dialogiche immanenti al giusto procedimento in nome delle esigenze di speditezza ed economicità dell'azione amministrativa; più di recente L. P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 638, ha visto proprio nel principio costituzionale del buon andamento l'ostacolo alla costituzionalizzazione del "giusto procedimento".

<sup>66</sup> Vedi *supra*, nota 10.

<sup>67</sup> Assonanza che aveva, del resto, già indotto la Corte costituzionale a parlare, in almeno due occasioni, di interesse al "giusto procedimento", pur vertendosi in materia di processo giurisdizionale: cfr. Corte cost., sentt. nn. 86 del 1968 (in *Giur. cost.*, 1968, p. 1430 ss.) e 62 del 1980 (*ivi*, 1980, I, p. 424 ss.).

del “giusto procedimento”. In particolare, ciò che pare necessario chiarire è se l’art. 111 Cost. abbia la forza per travalicare gli angusti confini della funzione giurisdizionale ed elevare il “giusto processo regolato dalla legge”, nelle sue forme tipiche ed universali di giustizia, ad archetipo della stessa funzione amministrativa. L’idea coltivata nel presente studio è che la risposta a tali ineludibili interrogativi possa essere rinvenuta tornando alle origini della relazione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, così come emerge dalle indagini di storia politico-amministrativa e di teoria generale dello Stato, e reimpostando i rapporti tra “procedimento” e “processo” alla luce degli studi di teoria generale del diritto, alla ricerca di affinità sotterranee tra i modi di esercizio delle due funzioni di *legis executio*. Solo, infatti, la scoperta di una “trama processuale” comune alla giurisdizione ed alla amministrazione potrebbe consentire una lettura “amministrativa” dell’art. 111 Cost. Ulteriori spunti di riflessione potrebbero, infine, derivare dalla considerazione di alcune esperienze straniere, in cui da tempo il procedimento amministrativo ha cadenze processuali e le regole della “giustizia” nel procedimento sono state elaborate come statuto costituzionale unitario del pubblico potere che si staglia dinanzi alle sfere giuridiche soggettive, nell’applicazione del diritto sia sostanziale che processuale. Ove la tesi adombrata dovesse rivelarsi fondata, l’interprete non potrebbe poi fare altro che registrare alcune inaspettate corrispondenze, da un lato, tra l’esperienza statuale contemporanea e quella pre-illuminista e financo pre-moderna, dall’altro, tra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common-law*. Il che consentirebbe, peraltro, di riscontrare, nel limitato campo di indagine eletto, che i sentieri tipici della statualità occidentale sono – come insegna la migliore storiografia giuridica – davvero segnati, al di là delle specificità di tempo e luogo, da alcune grandi circolarità storiche.

Con ciò non si intende frustrare la ricerca dell’esatta ricostruzione sistematica dei singoli istituti di diritto positivo che scandiscono il “giusto procedimento”. Al contrario, proprio muovendo dal contenuto precettivo dell’art. 111 Cost., si cercherà di testare l’effettiva idoneità delle forme tipiche del “processo” codificate nella novellata disposizione costituzionale a rappresentare anche i paradigmi della “giustizia” nell’esercizio della funzione amministrativa, a fornire copertura costituzionale agli istituti accolti nella legislazione ordinaria, nonché a soddisfare quelle *invariabili* esigenze sottese ad ogni tentativo, giurisprudenziale e dottrinale, di fondazione costituzionale del giusto procedimento.

Come si avvertiva in apertura, però, laddove questo tentativo non dovesse sortire gli effetti auspicati, nemmeno con l’ausilio delle armi della storia costituzionale e della teoria dello Stato, non resterà

che considerare l'art. 111 Cost. un "modello", pur sempre prezioso, cui il legislatore deve deonticamente attenersi nello strutturare il procedimento amministrativo. In tal caso, allora, non apparirà vano il tentativo di interrogarsi sul significato che la "processualizzazione" della funzione amministrativa, e con essa la realizzazione della giustizia *attraverso* il metodo del contraddittorio, assumono se osservate alla luce della teoria democratica ed, in particolare, di quella concezione intrinsecamente processuale della democrazia che è la "democrazia deliberativa".

#### **4. La contiguità tra *administratio* e *jurisdictio* nella storia del diritto amministrativo continentale e nella teoria generale dello Stato.**

Il primo ostacolo che si frappone alla trasversalità delle forme del "processo" costituzionalizzato all'art. 111 Cost. è l'idea di una irriducibile antitesi tra giurisdizione ed amministrazione. Come ha, però, inequivocamente dimostrato la storiografia giuridica contemporanea, tale idea costituisce l'opinabile risultato della trasformazione in assunto teorico intangibile di un dato tutto storico, vale a dire la relazione instauratasi tra le due funzioni esecutive nella struttura statale uscita dalla rivoluzione francese e consolidatasi nel secolo successivo<sup>68</sup>.

Se si volge, infatti, lo sguardo alla vicenda istituzionale che va dal basso medioevo alle soglie dell'età moderna, ci si avvede che negli 'antichi' Stati europeo-continentali non si rinviene una concreta distinzione, né organica né tanto meno funzionale, tra la *jurisdictio* e l'*administratio*<sup>69</sup>. In particolare, l'età del tardo diritto comune

<sup>68</sup> Sull'originaria indistinzione tra funzione amministrativa e giurisdizionale e sull'elaborazione e diffusione del concetto moderno di *jurisdictio*, ci si è avvalsi in questo lavoro dei preziosi contributi di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, pp. 52-3; F. CALASSO, "Jurisdictio" nel diritto comune classico, in *Studi Arancio Ruiz*, vol. IV, p. 423 ss.; P. COSTA, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969; L. MANNORI, *Per una <<preistoria>> della funzione amministrativa. Cultura giuridica ed attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX, 1990, *passim*; ID., *Il sovrano tutore, Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXV, 1994, pp. 97-101 e p. 407 ss.; ID., *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, p. 39 ss.; M. VERGA, *Le istituzioni politiche*, in G. GRECO, M. ROSA (a cura di), *Storia degli antichi stati italiani*, Roma, 1996, p. 3 ss.; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, *passim* e spec. p. 178 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., *passim*, che hanno visto nel rapporto tra giustizia ed amministrazione e nelle sue diverse declinazioni storiche una delle grandi circolarità che hanno segnato i percorsi della statualità.

<sup>69</sup> Con alcuni, però, significativi distinguo. L. MANNORI, *Per una <<preistoria>> della funzione amministrativa*, cit., p. 334, ha, infatti, osservato che tale "confusione di poteri", ispirata ad una concezione spiccatamente monistica della funzionalità pubblica, ove l'idea stessa di "*potestas publica*" coincideva senza residui con la "*iurisdictio*", ha caratterizzato soprattutto l'esperienza

rappresentò compiutamente la stagione dell'“amministrare giudicando” in cui i “magistrati”, accanto alla tradizionale attività giurisdicente, il c.d. *officium mercenarium* della canonistica medievale, esercitavano anche l'*officium nobile* dell'*imperium*, vale a dire le funzioni materialmente riconducibili all'amministrazione attiva. Non può allora destare meraviglia che nel governo per magistrature degli Stati di giustizia continentale, in cui “potere di giudicare e potere di comandare erano avvinti in un viluppo strettissimo – meglio ancora erano due elementi complementari di un modulo unitario di potere”<sup>70</sup>, l'attività amministrativa adoperasse le forme tipiche della giurisdizione. Per quella via il “processo” e con esso il “contraddittorio”, il c.d. *ordo iudiciarius*<sup>71</sup> che del processo costituiva la forma essenziale, divennero lo schema *naturale*<sup>72</sup> anche per la cura immediata degli interessi pubblici, a tal punto che la coeva dottrina giuspolitica, tutta intrisa dell'ontologismo legalistico ed antivolontaristico ereditato dal medioevo, percepiva l'attività amministrativa nello Stato giurisdizionale come un epifenomeno della sfera processuale. E questo non solo per la contemporanea presenza in capo al “magistrato” delle due complementari funzioni di giudice ed amministratore, ma anche per la più pregnante ragione dogmatica che per la mentalità giuridica pre-moderna il principio del contraddittorio rappresentava l'unica possibile giustificazione della legittimità di tutti gli atti emanati dai magistrati, i quali nella cura,

---

statale italiana, laddove, invece, nelle monarchie francese e prussiana si è assistito, già nei secoli XVII e XVIII, ad una differenziazione organica tra uffici giudiziari e burocrati-commissari, con significativi riflessi nelle rispettive culture giuspolitiche. E così in Francia, già sul finire del Cinquecento, nella connotazione volontaristica dell'*imperium* e nella critica al tradizionale primato della giustizia da parte di Jean Bodin nella propria teoria delle funzioni pubbliche sviluppata nel libro terzo della *Rèpublique*, sembra incrinarsi, senza, però, rompersi, la simbiosi tra giustizia ed amministrazione; nella cultura giuspolitica tedesca del Settecento affiora e si consolida l'autonomia concettuale della funzione amministrativa.

<sup>70</sup> Così, L. MANNORI, B. SORDI, *ult. cit.*, p. 65. Più cauto nei confronti della teoria “giurisdizionalistica” P. AIMO, *Il centro e la circonferenza. Profili di storia dell'amministrazione locale*, Milano, 2005, pp. 18-9.

<sup>71</sup> Sull'*ordo iudiciarius* vedi diffusamente G. GORLA, <<Iura naturalia sunt immutabilia>>. *I limiti al potere del <<Principe>> nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in AA.VV., *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, 1982, p. 629 ss.; A. GIULIANI, *Prova (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 517; ID., *L'ordo iudiciarius medievale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 598 ss. Sul passaggio dall'*ordo iudiciorum* al *Prozess-Ordnung*, cfr. ampiamente N. PICARDI, *Processo civile (dir. moderno)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 114 ss.; E. FAZZALARI, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in AA.VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica, stile*, Padova, 1988, p. 313 ss.

<sup>72</sup> Per la qualificazione, da parte dei giureconsulti tardo medievali, delle forme del processo come istituti di “diritto naturale e divino”, da difendere contro gli attacchi “terreni” della legislazione dei principi, impegnata sin dall'inizio del Cinquecento a liberare l'esercizio del potere “sovrano” dai lacci del processo, vedi ancora L. MANNORI, *Per una <<preistoria>>*, cit., p. 484 ss.

“*oeconomia*”<sup>73</sup>, diretta degli interessi pubblici e nella speculare restrizione della sfera giuridica dei sudditi non potevano avvalersi della forza dell'*imperium*, che era attributo tipico ed esclusivo della *potestas absoluta* del principe-sovrano. Fu, dunque, giocoforza rinvenire la fonte di legittimazione dell'attività amministrativa dei *ministri legum* nell'autorità necessaria a rendere giustizia ed assoggettare la medesima alle forme generali del processo<sup>74</sup>. Con il che non si vuole certo affermare che nei procedimenti di rilevanza materialmente amministrativa i principi del processo si applicassero con la stessa ampiezza che nei procedimenti giurisdizionali, tanto che la dottrina elaborò deroghe allo stesso *ordo iudiciorum*. Ciò che, però, appare innegabile è che tali deroghe, impostesi *ratione imperii* e non *imperio rationis*, non condussero mai all'elusione del processo, ma si tradussero, tutt'al più, nella sua semplificazione<sup>75</sup>.

Se, poi, si volesse indagare la ragione “politica” e “sociale” dell'embricazione tra *administratio* e *jurisdictio*, che, consolidatasi nel tardo medioevo, si perpetuò, nelle forme dello Stato giurisdizionale, sino al volgere del XVIII secolo, non si tarderebbe a scoprire che l'ammantare ogni manifestazione di *imperium* con le figure, gli schemi ed i linguaggi del processo altro non era che il portato del carattere composito e accentuatamente policentrico delle società pre-moderne, in cui il giudice, anche nel soddisfacimento degli interessi collettivi, era chiamato a svolgere una delicata funzione arbitrale di composizione dei conflitti, in uno spazio politico-dialettico animato dalla coesistenza di una pluralità di istanze sociali e soggetti istituzionali<sup>76</sup>.

Il tramonto dell'“ordine antico”, spazzato via dall'“ordine geometrico” della Rivoluzione dell'89, segnò, però, l'inizio della fine dell'amministrazione “giustiziale”<sup>77</sup>. I processi di codificazione, il legicentrismo ed il nuovo ordine politico-sociale richiesero, infatti, la riduzione della funzione giurisdizionale a sillogistica applicazione

<sup>73</sup> Sulla categoria della “economia”, che ad un'iniziale valenza di mera “amministrazione domestica” aggrega, già nella trattazione aristotelica, una vocazione pubblico-autoritativa di governo della *polis*, vedi L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, cit., p. 427 ss.

<sup>74</sup> D'altronde, lo stesso fine dell'attività giudicante, consistente nell'evitare che “*partes ad arma veniant*”, ben si attagliava a quello dell'attività materialmente amministrativa, concretantesi in provvedimenti restrittivi della libertà personale.

<sup>75</sup> Sulle procedure semplificate del contraddittorio abbreviato, differito od eventuale, escogitate dai giuristi sin dal tardo medioevo per le attività materialmente amministrative risolvendosi nei *nuda praecepta*, cfr. L. MANNORI, *ult. cit.*, p. 475 ss. ed Id., *Il sovrano tutore*, cit., p. 434 ss.

<sup>76</sup> Sulla struttura pluralistica degli Stati di antico regime basti ricordare il noto saggio di G. OESTREICH, *Problemi di struttura dell'assolutismo moderno*, in E. ROTELLI, P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. II, Bologna, 1971, p. 173 ss.

<sup>77</sup> Sulla Rivoluzione francese come spartiacque per la storia della funzione amministrativa, con il superamento dello Stato di giustizia e la nascita dello “spazio amministrativo”, sia ancora consentito rinviare a L. MANNORI, *Diritto amministrativo dal medioevo al XIX secolo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, p. 172 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *ult. cit.*, p. 201 ss.

della norma astratta alla fattispecie concreta e la funzionalizzazione dell'amministrazione alla razionalizzazione concreta dell'interesse generale (*rectius* statale). La conclusione fu la separazione dell'amministrazione dalla giurisdizione e, quel che qui più interessa, dai suoi modi di esercizio: la prima elevata ad autonoma funzione di realizzazione degli scopi della collettività nazionale, la seconda trasformata in *pouvoir nul*. Il risultato ultimo fu l'archiviazione dell'universo giustiziale di esercizio delle funzioni pubbliche ed il tramonto del clima "panprocessualistico" d'antico regime. Nel periodo post-rivoluzionario il divorzio tra giurisdizione ed amministrazione appariva irreversibile. Non sfugge, peraltro, che l'avvento della "signoria" della legge ben avrebbe potuto, in linea teorica, portare ad un'ulteriore assimilazione tra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa, per lo meno in forza della loro comune natura di *legis executio*. Il nodo da sciogliere pare, allora, isolare l'elemento che ha indelebilmente segnato la divaricazione tra le due funzioni. Non sembra, di primo acchito, peregrina l'idea di attribuire l'abbandono delle forme giustiziali nel *modus operandi* della funzione amministrativa all'avvento dello Stato-Nazione che, sostituendosi allo Stato-mosaico, diviene *imperativamente* l'unico centro di imputazione degli interessi collettivi. A tale indagine pare, però, opportuno dedicare future, e più meditate, riflessioni.

Il progressivo sgretolarsi, sotto i colpi del crescente pluralismo sociale e politico, del dogma della sovranità una ed indivisibile e con essa dell'unità amministrativa, che la Rivoluzione, prima, e l'età napoleonica, poi, avevano edificato sulle macerie dell'antico ordine corporativo, interrupperò, però, quella linearità storica. L'estrema conflittualità, sociale e politica, dei primi anni del Novecento portò, infatti, da un lato, ad incrinare la fede illuminista nell'interesse generale e nella sua capacità ordinatrice degli assetti sociali, dall'altro, a riscoprire la forza della mediazione giudiziale. Avvalendoci di quello straordinario laboratorio istituzionale e concettuale che fu la Vienna degli anni'20, denso di significato appare il nuovo primato che la democrazia costituzionale austriaca attribuì alla funzione giurisdizionale, eretta a baluardo della profilassi dell'ordinamento costituzionale; primato che si tradusse nella riscoperta degli stilemi processuali come metodo unitario di formazione della volontà del potere pubblico. La via per la ricomposizione della frattura tra giurisdizione ed amministrazione, che si era consumata nel corso del XIX secolo, era, dunque, segnata. La ricucitura con la tradizione giustiziale dell'"amministrare giudicando" avvenne con l'applicazione all'attività amministrativa della trama processuale, aperta al contraddittorio ed alla cognizione degli interessi in conflitto. Il risultato, che segnò la storia del diritto amministrativo continentale, fu la costruzione della "struttura

procedimentale” dell’amministrazione pubblica e la sua consacrazione nella legge generale austriaca sul procedimento del 21 luglio 1925<sup>78</sup>, segnata da così forti cadenze processuali da indurre a parlare di una *Rechtsgemeinsamkeit* tra giurisdizione ed amministrazione<sup>79</sup>. In un momento, cioè, in cui la “democrazia della legislazione” batteva il passo, il tentativo che si esperì fu quello di integrare la funzione legittimante racchiusa nella legge con la carica di legittimazione democratica scaturente dal metodo “processuale”<sup>80</sup>.

Qui l’approfondimento disperderebbe le fila del discorso, mentre interessa sottolineare solo un punto: il tentativo di localizzazione storica dei rapporti tra *jurisdictio* ed *administratio*, avvicendatisi a partire dall’esperienza pre-illuminista dei secoli XVI-XVIII fino all’esperienza novecentesca della democrazia austriaca, passando attraverso l’esperienza dello Stato ottocentesco, dovrebbe aver chiarito, da un lato, la permeabilità dei confini tra le due funzioni di *legis executio*, dall’altro, l’esportabilità della veste processuale al di fuori dell’ambito giurisdizionale. Di talchè, abbandonato l’inane sforzo di ancorare alla categoria della statualità ottocentesca la storia del potere pubblico, nelle sue articolazioni funzionali, non dovrebbe più apparire scandaloso esperire il tentativo, negli Stati contemporanei a struttura reticolare e policentrica, di interpretare estensivamente la costituzionalizzazione del metodo processuale<sup>81</sup>. Con il che non si intende affatto avallare l’idea di una vocazione contemporanea

<sup>78</sup> Non si ignora che parte della dottrina (cfr., spec., M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 818) ha ritenuto di individuare la prima vera legge sul procedimento amministrativo nella legge spagnola del 19 ottobre 1889. Anche a voler prescindere dal fatto che la medesima riguardava solo il procedimento di formazione dei regolamenti ministeriali sulle pratiche d’ufficio, ciò che in questa sede induce a puntare l’attenzione sul modello austriaco è la circostanza che solo in questo caso la proceduralizzazione dell’azione amministrativa si è caricata di un significato di matrice costituzionale. Peraltro, seppur con precipuo riguardo alla successiva legge spagnola del procedimento amministrativo del 1958, notava il minor valore emblematico del caso spagnolo rispetto a quello austriaco ed il minor peso della dottrina del processo come categoria giuridica generale nella conformazione della legislazione procedurale spagnola già G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, cit., pp. 41-2.

<sup>79</sup> Così E. MANNLICHER, *Die österreichische Verwaltungsreform des Jahres 1925*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1926, p. 367; H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 759 ss.; G. PASTORI, *ult. cit.*, p. 39, che discorre di “un modello di giurisdizionalizzazione della procedura”.

<sup>80</sup> Per una più esaustiva ricostruzione di quella vicenda storica cfr. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, p. 186 ss., che ha visto nella legge sul procedimento uno dei tentativi che quell’epoca sviluppò per risolvere, con l’accentuazione della legalità formale, la forte crisi sociale e politica ed esorcizzare, così, la spinta delle forze eversive; Id., *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, pp. 187-8; L. MANNORI, B. SORDI, *ult. cit.*, pp. 463-9.

<sup>81</sup> Del resto, non può essere casuale che proprio nei paesi di *common law*, in cui l’unitarietà delle due funzioni esecutive si è imposta nel modo più puro, il principio costituzionale del *due process of law* ha delineato uno statuto unitario di esercizio del potere, non solo giurisdizionale, ma anche amministrativo (sul punto si rinvia *infra*, §. 6.1).

dell'antico regime, ma al contrario abbozzare una lettura delle policentriche declinazioni degli Stati contemporanei come profondamente debitrice dell'originaria percezione della statualità pre-moderna e dell'arsenale funzionale che essa ha imposto.

Il tentativo abbozzato pare, del resto, trovare conforto anche in uno dei fenomeni che più marcatamente hanno connotato l'amministrazione contemporanea: la mente corre alla diffusione, anche nei paesi dell'Europa continentale, delle autorità amministrative indipendenti ed alla loro antifibologica natura di autorità amministrative quasi *judicial*. Guardate nella nostra prospettiva di indagine, esse paiono, infatti, il segno tangibile ed inequivoco della "ricomposizione della frattura tra giustizia e amministrazione"<sup>82</sup>, non tanto (o meglio non solo) perché assommano in sé poteri regolamentari, di amministrazione attiva e giurisdizionali, quanto perché, in una sorta di osmosi delle forme, le medesime adoperano, nell'esercizio di tutte le funzioni enumerate, schietti stilemi processuali<sup>83</sup>.

I risultati cui ha condotto la periodizzazione storica dell'"intrico inestricabile" amministrazione-giurisdizione trovano, d'altro canto, un ancor più pregnante significato se letti in una prospettiva di teoria generale dello Stato. La procedimentalizzazione (*rectius*, la processualizzazione) dell'attività amministrativa strenuamente perseguita dalla democrazia costituzionale austriaca rappresentò, infatti, l'inveramento dei postulati teorici cui erano giunti la *Wiener Schüle* ed il suo vate. La *Stufentheorie* kelseniana, troppo nota perché metta conto parlarne, costituì il presupposto per un sostanziale parallelismo tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale e per la riduzione della comune tricotomia delle funzioni statuali nella dicotomia *legis latio* e *legis executio*<sup>84</sup>. Tra giustizia ed amministrazione non vi erano, secondo Kelsen, differenze funzionali, in quanto entrambe potevano essere concepite come individualizzazione e concretizzazione di norme legislative ed entrambe agivano mediante la tecnica del comando giuridico. Tra le

<sup>82</sup> Così L. MANNORI, B. SORDI, *ult. cit.*, p. 523.

<sup>83</sup> Sulle autorità amministrative indipendenti come modello di amministrazione che indossa le vesti giustiziali, si rinvia a M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/2004, p. 59 ss. Sulla centralità del principio del contraddittorio non solo nell'esercizio della funzione di *adjudication* delle *Authorities*, ma anche in quella normativa, in cui il contraddittorio sostituisce la dialettica propria delle strutture rappresentative e supplisce, così, sia alla caduta di valore della legalità sostanziale sia al *deficit* di legittimazione democratica, insiste R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione), 2006.

<sup>84</sup> Fondamentali, H. KELSEN, *IV. Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates* (1923-4), *V. Justiz und Verwaltung* (1929), trad. it. C. Geraci, *Il primato del parlamento*, *IV La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, *V Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 1982, p. 94 ss. e p. 123 ss.; Id., *General theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. S. Cotta-G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, p. 260 ss.



due funzioni vi erano solo differenze tecnico-organizzative, collegate alla posizione di indipendenza dei tribunali ed a quella di subordinazione gerarchica dei funzionari amministrativi; differenze che si spiegavano sul terreno storico, ma non su quello concettuale. L'assenza di una linea di demarcazione teoreticamente fondata tra giurisdizione ed amministrazione non poteva allora non legittimare l'assimilazione della procedura amministrativa al processo giurisdizionale, soprattutto ove la prima incidere su interessi individuali e, per quella via, la costruzione di una minuziosa "struttura procedimentale" dell'azione amministrativa, che sola avrebbe potuto soddisfare le esigenze sottese al principio di legalità<sup>85</sup>. Tanto che, giungeva a concludere Kelsen<sup>86</sup>, "se la costituzione prescrive che non può avere luogo alcuna interferenza nella proprietà, nella libertà o nella vita degli individui se non mediante il <<procedimento prescritto dalla legge>>, ciò non importa necessariamente un monopolio della funzione giurisdizionale da parte dei tribunali. Il procedimento amministrativo mediante cui si esercita una funzione giurisdizionale può essere formato in modo da corrispondere all'ideale del <<procedimento prescritto dalla legge>>". Ancor più nettamente Merkl nel 1927 aveva scritto che il procedimento proiettava sull'amministrazione il principio in ossequio al quale il processo "per la sua stessa essenza è possibile nell'ambito di tutte le funzioni dello Stato"<sup>87</sup>.

Con ciò non si vuole, peraltro, sostenere una radicale assimilazione tra i limiti alla discrezionalità amministrativa ed i confini della libertà interpretativa del giudice posti dal timore dello svuotamento giurisprudenziale dello Stato di diritto. Si vuole, piuttosto, rilevare che non è priva di consistenza teorica, oltre che storica, la possibilità di "travasare" forme e stilemi dalla funzione giurisdizionale a quella amministrativa.

---

<sup>85</sup> Kelsen finiva, però, come noto, per sostituire alla distinzione giurisdizione/amministrazione, teoreticamente superata, perché l'amministrazione era in gran parte giurisdizione, quella tra amministrazione statale indiretta, in cui l'autorità amministrativa esercita, mediante atti coercitivi, poteri sanzionatori sostanzialmente assimilabili a quelli dell'autorità giudiziaria, e l'amministrazione statale diretta, in cui l'autorità statale, cosciente dei propri compiti sociali, cura, in maniera immediata e diretta, gli interessi materiali connessi allo sviluppo sociale ed economico della collettività. E preconizzava che il futuro avrebbe visto lo sviluppo lineare dall'amministrazione statale indiretta a quella diretta e con esso il passaggio dallo Stato giudiziario, dominato dalla logica della giustizia retributiva, allo Stato amministrativo, preordinato a realizzare la giustizia distributiva. Tali puntualizzazioni non paiono, però, inficiare l'applicabilità della struttura procedimentale-processuale, teorizzata da Kelsen con precipuo riguardo all'attività indiretta, per sua natura coercitiva, all'amministrazione diretta che, nell'eseguire interventi assistenziali o economici, incontra interessi individuali confliggenti o, comunque, collimanti. Sul punto vedi G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, p. 325 ss.

<sup>86</sup> H. KELSEN, *ult. cit.*, p. 283.

<sup>87</sup> A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927, p. 213 ss.

## 5. La “processualizzazione” del procedimento amministrativo nella teoria generale del processo e nel diritto amministrativo.

Proseguendo nella ricerca, si tratta a questo punto di comprendere come l'applicazione del “processo” al “farsi” dell'atto amministrativo, che la storia amministrativa e la teoria generale dello Stato hanno dimostrato storicamente e teoreticamente fondata, abbia condotto a compiere passi avanti nella direzione del “giusto procedimento”. Soccrono a tal fine gli studi di teoria generale del processo e gli speculari studi amministrativistici sul procedimento.

Lo studio incrociato del procedimento e del processo come schemi di teoria generale ha insegnato che il processo altro non è che una *species* del *genus* procedimento. Secondo i teorici generali del processo<sup>88</sup>, infatti, il processo è un procedimento, vale a dire una sequenza di norme, atti e posizioni giuridiche soggettive interconnesse, cui sono abilitati a partecipare anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti, in contraddittorio ed in modo che l'autore dell'atto (che può essere anche uno dei contraddittori)<sup>89</sup> non possa obliterare le loro attività. Con il che si è inteso dire che l'elemento fisionomico essenziale del processo non sta nell'*an* della partecipazione, ma nel suo *quomodo*. Perché si abbia processo non è, cioè, sufficiente la partecipazione dei soggetti (la *parteiengehör* della dottrina d'oltralpe) nella forma dell'audizione e/o della contestazione, ma è necessario “il contraddittorio”, vale a dire la struttura dialettica del procedimento nella simmetrica parità delle posizioni. Ma se la *ratio distinguendi* del processo è il contraddittorio, il dire e contraddire<sup>90</sup>, la strada è

<sup>88</sup> Si precisa sin d'ora che nel presente lavoro non si è inteso esaminare le innumerevoli tesi avanzate per individuare i criteri distintivi del processo dal procedimento; esame che avrebbe “disorientato” la ricerca. Si è piuttosto inteso recuperare un'impostazione che è apparsa particolarmente feconda per comprendere le linee di sviluppo lungo cui si è mosso il nostro ordinamento. Ci si è, in particolare, avvalsi del contributo di uno dei maggiori teorici generali del processo, vale a dire di E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 105 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Processo (Teoria generale)*, in *Nss D.I.*, vol. XIII, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1983, p. 57 ss.; ID., *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss.; ID., *Capograssi e la realtà del processo*, in AA. VV. (a cura di F. Mercadante), *L'individuo, lo stato, la storia. Giuseppe Capograssi nella storia religiosa e letteraria del Novecento*, Milano, 1990; ID., *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1 ss.

<sup>89</sup> Ma in tal caso, che ricorre proprio in sede di amministrazione attiva, la qualità di contraddittore per l'autore importa che “quand'anche sia un organo pubblico, munito d'imperio, quell'autore è posto, durante la fase preparatoria dell'atto (e salva quindi la sua preminenza nella successiva fase della emanazione del provvedimento), sul piede di simmetrica parità rispetto all'altro o agli altri contraddittori”. Così E. FAZZALARI, *Procedimento e processo*, cit., p. 828. Non è difficile scorgere in tale precisazione la premessa teorica della proposta di distinguere nel procedimento amministrativo l'ufficio istruttore dall'ufficio decidente. Sul punto vedi *infra*, § 6.

<sup>90</sup> Per la ricostruzione dogmatica dell'istituto del processo attorno al principio del “contraddittorio” non possono non rammentarsi i classici scritti di P. CALAMANDREI, *Il processo*

spianata per la sua “emancipazione” dalla funzione giurisdizionale e la sua elevazione a schema di teoria generale<sup>91</sup>, esportabile anche al *modus procedendi* della pubblica amministrazione<sup>92</sup>. Se è, infatti, innegabile che nella giurisdizione il modello processuale è consustanziale, è, però, altrettanto indubitabile che il paradigma del processo (*i.e.* la partecipazione degli interessati in contraddittorio all’*iter* di formazione dell’atto) si impiega anche al di fuori della giurisdizione, ogniquale volta l’attività da svolgere deve tenere conto di interessi potenzialmente confliggenti. Non a caso – ha osservato ancora la dottrina processualistica – nell’ambito dell’ordinamento positivo si rinvencono esempi di “processi” con cui la pubblica amministrazione provvede alla cura degli interessi pubblici (quali il processo di concessione di nuove derivazioni di acque pubbliche, quello per la formazione delle tariffe amministrative, i processi disciplinari).

L’imperativo categorico per il futuro diveniva allora, in quella riflessione, la “diffusione del processo” in tutte le branche dell’ordinamento<sup>93</sup>. Tale operazione richiedeva, però, pregiudizialmente l’individuazione dei c.d. *substantialia processus*, in presenza dei quali poteva fondatamente dirsi di avere un “processo”. Ciò significava, per un verso, ammettere che il principio dialettico poteva articolarsi diversamente a seconda del tipo e della natura della funzione di cui il processo era strumento; per l’altro, scandagliare alcuni “valori permanenti e stabili” del processo, quali che fossero le attività che attraverso il medesimo si realizzavano, onde fornire un rigoroso criterio di indagine e selezione. I principi comuni del “processo” venivano così sostanzialmente individuati: nella partecipazione al processo dei *legitimi contradictores*, di coloro, cioè, nella cui sfera l’atto finale è destinato ad incidere; nella

---

*come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 23 ss., ove il principio dialettico è definito “il principio fondamentale del processo”, attraverso cui si manifesta il suo carattere antagonistico e di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 358. Più di recente, preziose intuizioni in ordine al contraddittorio quale elemento obiettivamente caratterizzante il processo si rinvencono in V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in *Id.* (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, p. 11 ss.

<sup>91</sup> Addirittura, hegelianamente, a << momento eterno dello spirito >>: queste le indimenticate parole di S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, pp. 15-6.

<sup>92</sup> In questo senso anche la dottrina processualciviltistica: cfr., in particolare, L. P. COMOGLIO, *Contraddittorio (Principio del) - I Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 12, che richiama sul punto V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, pp. 37-8 e p. 227.

<sup>93</sup> Questo la celebre paronesi rivolta alla dottrina da Elio Fazzalari, *Diffusione del processo*, cit., pp. 866-7. *Contra*, F. MAZZARELLA, *Processo, contraddittorio, norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 62 ss., il quale non condivideva la pretesa di esportare il contraddittorio anche al di là delle strutture giurisdizionali perché è l’equilibrio sostanziale tra le parti che determina l’*audiatur et altera pars* e non quest’ultimo a trasformare in struttura paritaria una struttura diseguale; dove manca il rapporto tra pari, secondo l’A., non può logicamente aversi contraddittorio, che di tale rapporto rappresenta l’altra faccia.

comunicazione con atto recettizio del *thema disputandum* nel processo, ai fini dell'instaurazione del contraddittorio; nella pubblicità; nell'equiordinazione delle parti nell'allegazione dei fatti e delle prove, nonché nelle argomentazioni; nella scelta dei modi e contenuti della propria difesa; nella motivazione dell'atto finale; nella lealtà e probità dei contraddittori, onde evitare le <<liti immortali>> dell'antico *ordo iudiciarius*. Ove si fossero riscontrati tali requisiti, là vi era processo.

Questo il punto di arrivo della teoria generale del processo che si è misurata con l'argomento. Questo il punto di partenza delle nostre riflessioni.

Se si adottano, infatti, tali categorie dogmatiche e si volge lo sguardo alla nostra legge generale sul procedimento amministrativo, non si può non riconoscere come quella teorica che preconizzava la "diffusione del processo" abbia colto nel segno e come il nostro ordinamento abbia realmente assistito alla trasfigurazione del "procedimento" amministrativo in "processo". Di talché il "processo amministrativo" non sarebbe più solo quello giurisdizionale<sup>94</sup>.

Senza qui diffondersi sui troppo noti istituti di diritto positivo della motivazione dei provvedimenti amministrativi, del termine del procedimento, della comunicazione di avvio, della partecipazione mediante audizione e presentazione di documenti e memorie, che già richiamano con forza alla mente i *substantialia processus*<sup>95</sup>, è nelle recenti modifiche apportate alla l. n. 241 del 1990 che si rinvergono segni ancora più luminosi della tendenza alla "processualizzazione" della funzione amministrativa. Il riferimento è all'art. 10-*bis*. Tale disposizione, nella parte in cui prevede, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, la comunicazione tempestiva agli istanti dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda, sembra trasporre nel procedimento amministrativo l'istituto dell'"informazione di garanzia" tipica del procedimento penale, codificando espressamente il "diritto di difesa" tra le garanzie del procedimento amministrativo<sup>96</sup>. Sotto tale angolo prospettico, dunque, il "giusto procedimento" amministrativo ben

<sup>94</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Procedimento e processo*, cit., p. 831, il quale segnalava già allora che discorrere di "procedimento quasi contenzioso" in riferimento all'amministrazione attiva animata dal contraddittorio e non di "processo" dipendeva dalle suggestioni dell'originario, imponente, fenomeno della giurisdizione, in cui il processo aveva trovato il proprio privilegiato terreno di elezione e che aveva indotto ad una sinonimia, storicamente spiegabile ma teoreticamente imperfetta, tra processo e giustizia. Sul punto vedi ancor prima E. ALLORIO, *Riflessioni sopra lo svolgimento della scienza processuale*, in *Jus*, 1950, p. 101.

<sup>95</sup> Di recente ha sottolineato chiaramente il "sapore" giudiziale (*rectius*, processuale) degli istituti codificati dalla l. n. 241 del 1990 la Corte di Cassazione, Sez. I, civ., 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, p. 86, ove ha osservato che con la l. n. 241 il procedimento amministrativo ha visto attenuarsi progressivamente "la storica caratterizzazione autoritativa del procedimento che sfocia in un provvedimento, per favorire il più ampio grado di partecipazione del soggetto interessato alla formazione del medesimo. Ciò talvolta a mezzo di un vero e proprio contraddittorio, analogo per forza di cose, a quello giudiziario che ne costituisce il modello".

potrebbe apparire come la “processualizzazione” del procedimento amministrativo. Il “moderno” davvero “rivela i segni della sua antichità”<sup>97</sup>.

A conclusioni non dissimili sembrano, del resto, condurre le sollecitazioni della migliore dottrina amministrativista che si è misurata con l’argomento. Sin dalla prolusione patavina di Feliciano Benvenuti del 1951 la scienza amministrativa italiana<sup>98</sup> ha manifestato, infatti, la consapevolezza che il procedimento ed il processo, pur rappresentando le forme “tipiche” di estrinsecazione, rispettivamente, della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale, non ne costituiscono, però, le forme necessarie<sup>99</sup>. Le forme – osserva Benvenuti – sono nel diritto mezzi, strumenti, cosicché non vi può essere alcuna ragione, logica o giuridica, per negare che anche l’amministrazione attiva (di primo grado) si eserciti nelle forme del processo<sup>100</sup>. Forme che, consentendo la partecipazione dei privati alla trasformazione del potere ed il perseguimento con gli atti processuali di interessi sostanziali parziali che non sono quelli dell’autore dell’atto, ma dei suoi destinatari<sup>101</sup>,

<sup>96</sup> A sua volta, l’art. 10-*bis* evoca con forza – e questo è il dato particolarmente significativo ai nostri limitati interessi – il parallelo tra principio del giusto procedimento e principio del giusto processo, che fu – come già rammentato – pionieristicamente instaurato dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 13 del 1962: sono le stesse espressioni linguistiche adoperate oggi nel primo alinea dell’art. 10-*bis* a richiamare alla mente il diritto dell’imputato ad una tempestiva informazione dei processi a proprio carico, oggi – come noto – costituzionalizzato al novellato art. 111, comma III, della Costituzione.

<sup>97</sup> L’espressione è mutuata da L. MANNORI, B. SORDI, *ult. cit.*, p. 528.

<sup>98</sup> In linea di continuità con la dottrina tedesca ed, in particolare, con le riflessioni di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-6, vol. I, pp. 64-5; F. TEZNER, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahren*, Wien, 1896; E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886.

<sup>99</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 137 ss.; Id., *Appunti di diritto amministrativo. Sub § 42. Procedimento in senso stretto e processo*, Padova, 1987, p. 115. Per una ripresa di quelle tesi vedi E. BALBONI, *Idea e prassi dell’amministrazione giustiziale*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. I, Modena, 1996, p. 183 ss.

<sup>100</sup> Sull’indistizione di natura tra procedimento e processo e sul procedimento come “forma di ogni funzione pubblica” concordava anche M. S. GIANNINI, *L’attività amministrativa*, Roma, 1962, p. 112; poco più tardi G. PASTORI, *Introduzione*, cit., spec. pp. 16 e 31, giustificava la necessità del “processo” (*i.e.*, della procedura di partecipazione) nel farsi dell’attività amministrativa come portato della generale efficacia sostanziale che accomuna tutti gli atti espressione di poteri autoritativi, come tali idonei ad incidere unilateralmente su diritti soggettivi.

<sup>101</sup> Questo, come noto, per Feliciano Benvenuti il *proprium* del processo rispetto al procedimento. Si tratta di tesi notissima su cui non occorre indulgere oltre. Ciò che, invece, pare opportuno evidenziare è che proprio la connotazione del processo con riferimento al parametro teleologico degli interessi perseguiti è l’elemento che più marcatamente segna la distanza tra la teoria benvenutiana e quella dei teorici generali del processo ed, in particolare, quella di Fazzalari, che, come ricordato, individuava la *ratio distinguendi* del processo nel contraddittorio. Contraddittorio che, invece, per Benvenuti non coincideva con il processo, ma era una condizione *extra-processuale*, salvo, però, tornare poi a convergere con gli approdi della teoria generale del processo, riconoscendo che il medesimo “non è un istituto proprio solo del processo giurisdizionale, ma è espressione di un principio giuridico generale di carattere costituzionale, che si manifesta

corrispondono, in una prospettiva assiologica, alla concezione più alta dell'amministrazione, che coniuga l'agire al servizio della comunità con il rispetto dei diritti ed interessi dei cittadini<sup>102</sup>.

Tale intuizione ha, poi, trovato ulteriore affinamento nell'opera di sistematizzazione dei rapporti intercorsi tra procedimento e processo condotta da Mario Nigro<sup>103</sup>, che individuava tre modalità, storicamente invertebrate, di interrelazione: la prima, propria della concezione classica della scienza del diritto amministrativo, coeva alla stessa elaborazione concettuale del procedimento, di assoluta separazione o indifferenza tra le forme del procedimento e quelle del processo<sup>104</sup>; la seconda, tipica delle esperienze austriaca e statunitense, di rigida alternatività<sup>105</sup>, ove la disciplina dell'amministrazione in forme giuziali è apparsa il naturale *pendant* dell'inefficacia dei sistemi di tutela giurisdizionale; la terza, accolta nella nostra Costituzione repubblicana, di "complementarietà" ed "integrazione" (se non addirittura di "strumentalità"). Tipico di quest'ultimo modello è la conformazione dell'amministrazione "secondo fini di giustizia e metodi di giustizia", vale a dire la sua apertura alla partecipazione e, cioè, in sintesi, la processualizzazione dei suoi metodi di azione<sup>106</sup>.

---

ogniquale volta la funzione svolta sia retta dall'imparzialità": così F. BENVENUTI, *Contraddittorio (Principio del)*. C) *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IX, 1961, Milano, p. 739.

<sup>102</sup> Sulla valenza assiologica della scelta delle forme dei procedimenti insiste, seppur con precipuo riguardo ai procedimenti di revisione costituzionale, F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituyente*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2007, p. 8.

<sup>103</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, cit., *passim*.

<sup>104</sup> Il riferimento è, in particolare, alla netta divaricazione tra *Verwaltungsverantwortung* e *Verwaltungsgerichtsbarkeit* operata da R. SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 24, Berlin, 1976, p. 45.

<sup>105</sup> K. A. BETTERMANN, *Das Verwaltungsverfahren*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 17, Berlin, 1979, p. 168.

<sup>106</sup> Nella dottrina amministrativa successiva, senza pretese di esaustività, sono tornati a discorrere espressamente di "processualizzazione" del procedimento U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., pp. 212-3, il quale non ha mancato di osservare come il passaggio dal potere alla funzione abbia attribuito all'agire dell'amministrazione un essenziale carattere di "processualità", sia nel senso "pregiuridico di creazione dinamica e dialettica", sia "nel senso giuridico di partecipazione intersoggettiva"; più recentemente ID., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2007, pp. 779 e ss.; G. BERTI, *Figure del diritto amministrativo: procedura, controllo, responsabilità*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 151, ove ha notato che "l'autorità espressa dal provvedimento finale è lo specchio dell'autorità del privato insita nell'iniziativa, proprio come il deciso deve corrispondere al *petitum* processuale" o, ancor più chiaramente, ID., *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, cit., pp. 291-2, dove, a fronte della contraddittorietà ed inadeguatezza della disciplina generale sul procedimento amministrativo, ha concluso che "il procedimento dovrebbe insomma divenire processo o procedura", che soli realizzano l'oggettivizzazione dell'amministrazione sul versante della dinamica degli interessi.

D'altro canto, non ci si nasconde che sia i teorici generali del processo che gli amministrativisti si sono interrogati sui rischi legati ad una soverchia diffusione del processo nell'esercizio delle funzioni amministrative e, soprattutto, sulle conseguenze in punto di celerità e speditezza dell'azione amministrativa e di sindacato giurisdizionale. E non si può, del resto, non rilevare come tali timori siano stati solo parzialmente superati, per un verso, rilevando che la trasversalità del processo non significa "equiparazione tra procedura amministrativa e forme processuali giurisdizionali", perché si tratta di una processualità adeguabile ai connotati tipici della funzione amministrativa<sup>107</sup>; per l'altro, osservando che la disciplina paraprocedurale del procedimento, lungi dal ridurre il sindacato giurisdizionale ad un mero, formalistico, controllo di legittimità dell'azione amministrativa, contribuisce a rendere effettiva la tutela giurisdizionale, "soggettivizzando" gli interessi coinvolti e definendo, anticipatamente, gli elementi di fatto e di diritto dell'episodio amministrativo<sup>108</sup>.

Tirando allora le fila delle riflessioni sino a questo punto maturate, parrebbe potersi concludere che, pur con le remore evidenziate, l'apertura del procedimento amministrativo alla partecipazione ed al contraddittorio paritetico altro non è stata che l'applicazione al "farsi" dell'azione amministrativa dei "valori permanenti" del processo.

#### **6. Il testo costituzionale ed il "giusto procedimento": l'art. 111 della Costituzione ed i "valori permanenti" del processo.**

I tempi paiono maturi per tornare all'interrogativo da cui abbiamo preso le mosse ed accogliere, così, la sfida della ricerca di una nuova, possibile, veste costituzionale del "giusto procedimento".

Dovrebbe risultare chiaro che, nella prospettiva eletta, il riferimento più significativo è all'art. 111, commi I e II, della Costituzione, come novellato dalla legge costituzionale n. 2 del 1999. E ad esso, seguendo le suggestioni e le allusioni della dottrina, si cerca di guardare con nuovi occhi. Se si osserva la costituzionalizzazione del "*giusto processo regolato dalla legge*" con la lente di ingrandimento fornita tanto dalle indagini di storia politico-amministrativa, quanto dalla teoria generale dello Stato, quanto, ancora, dalla teoria generale del processo e del procedimento, ci si avvede che tra "giusto processo" giurisdizionale e "giusto procedimento" amministrativo vi è assai più di una mera "assonanza"<sup>109</sup>. Da un lato, la contiguità, storica e teorica, tra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa ha legittimato il

<sup>107</sup> Così U. ALLEGRETTI, *ult. cit.*, p. 213. Sulla "malleabilità" del processo convenivano, del resto, anche i teorici generali del processo, di cui *supra*.

<sup>108</sup> Questa l'argomentazione svolta da M. NIGRO, *ult. cit.*, p. 1444.

travaso di stilemi processuali dalla prima alla seconda; dall'altro, lo studio dei rapporti tra "procedimento" e "processo" ha portato alla rappresentazione del processo, considerato alla stregua di un istituto di teoria generale, come un procedimento connotato dal principio del contraddittorio paritetico. L'approdo comune è stato l'emancipazione dello schema del "processo" da forma fenomenica esclusiva della giurisdizione e la sua elevazione ad "archetipo" delle funzioni di *legis executio* aperte alla partecipazione dei soggetti portatori di interessi diversi da quello dell'autore dell'atto finale. In tale prospettiva, non può non leggersi la dimensione partecipativa del "giusto procedimento" come la "processualizzazione" dei metodi di azione della funzione amministrativa.

Con il che acquista un contesto ricostruttivo più ampio il tentativo di attribuire al "giusto procedimento" il crisma della costituzionalità attraverso l'art. 111 della Costituzione ed, in particolare, attraverso le forme tipiche del processo costituzionalizzate al II comma. Le armi "concettuali" messe a punto nelle pagine che precedono sembrerebbero, infatti, dare consistenza ad un'interpretazione dell'art. 111 Cost. che travalichi i confini della funzione giurisdizionale e che fornisca veste costituzionale al "processo", nelle sue forme stabili ed universali di giustizia, come schema di teoria generale e non solo come epifenomeno della giurisdizione.

Rispetto a tale conclusione, però, non si può certo dimenticare che sia l'argomento letterale sia quello intenzionale rendono impraticabile tale lettura. Per un verso, infatti, l'art. 111 apre la Sezione II dedicata alla "Norme sulla giurisdizione" ed al I comma limita il "giusto processo regolato dalla legge" a metodo di "attuazione" della giurisdizione; per l'altro i lavori parlamentari preparatori della riforma costituzionale sono univoci nel limitare l'ambito materiale della disposizione al solo processo giurisdizionale<sup>109</sup>. Solo parziale consolazione offre la circostanza che la lettera del II comma esordisce con il richiamo ad "ogni processo" e che da tempo la dottrina costituzionalistica ha consapevolezza della "fallacia intenzionale" e del "vizio genetico"<sup>111</sup> che affligge l'ancoraggio dell'interpretazione all'*intentio legislatoris*. E parimenti non dirimente rischia di risultare la constatazione che né l'argomento

<sup>109</sup> Discorre di "assonanza" tra giusto processo e giusto procedimento G. COLAVITTI, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, cit. In dottrina, paiono adombrare un'interpretazione analogica dell'art. 111 Cost., idonea ad estendere le garanzie del contraddittorio ivi previste al procedimento amministrativo, anche M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento*, cit., p. 1836, nota 23 e M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, cit., p. 69.

<sup>110</sup> Vedi la ricostruzione dei lavori parlamentari di M. CECCHETTI, *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 604 ss.

<sup>111</sup> Di cui, per limitarsi alla dottrina italiana, ha ampiamente discusso R. BIN, *L'ultima forza*, cit., p. 56.



letterale né quello intenzionale sono apparsi decisivi a quanti nella comunità scientifica hanno, nel tempo, tentato di fondare costituzionalmente il giusto procedimento sull'art. 24 Cost., che al comma I reca ancor più evidenti i segni della dimensione "giudiziale".

In tal caso, forse, hanno giocato a favore di un'interpretazione evolutivo-estensiva del diritto di difesa, da un lato, il principio della doppia coestensività tra Costituzione ed amministrazione, per cui non solo la Costituzione è coestensiva all'amministrazione (cioè la copre per intero), ma anche l'amministrazione è coestensiva alla Costituzione, nel pregnante senso che tutti gli enunciati costituzionali celano una dimensione amministrativa<sup>112</sup>, dall'altro, la funzionalizzazione della difesa nel procedimento amministrativo all'effettività della tutela in sede giurisdizionale.

Tali ragioni, se rapportate all'art. 111 Cost., potrebbero astrattamente conservare la loro attualità. In primo luogo, l'ancoraggio del giusto procedimento amministrativo all'art. 111 consentirebbe di superare i rilievi di chi in passato aveva negato la possibilità di agganciare tale principio all'art. 24 Cost. ritenendo che il procedimento amministrativo, a differenza del processo, non ha l'obiettivo di tutelare i diritti delle parti<sup>113</sup>. Come ha, infatti, rilevato la dottrina costituzionalistica<sup>114</sup> la lettera dell'art. 111 – in ciò discostandosi radicalmente dall'orizzonte in cui si muove l'art. 24 – è chiara nel delineare il processo, e con esso i suoi connotati essenziali, più come canone obiettivo di esercizio della funzione che garanzia di situazioni giuridiche soggettive. Di talchè tale lettura obiettivata dell'art. 111 permetterebbe di estendere la copertura costituzionale del "metodo" processuale anche al di fuori della funzione giurisdizionale, senza snaturare l'istituzionale preordinazione della funzione amministrativa al soddisfacimento dell'interesse pubblico corrispondente alla causa del potere esercitato<sup>115</sup>. A scanso di equivoci, giova, però, precisare che non si

<sup>112</sup> Sulla "coestensività" fra Costituzione e amministrazione si rinvia ai fondamentali contributi di C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, cit., p. 257 ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di Bachelet*, vol. III, Milano, 1987, p. 385 ss.; e, soprattutto, U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., p. 72 ss.; Id., *Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2006, pp. 755 e ss.

<sup>113</sup> Questa l'osservazione di G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, cit.

<sup>114</sup> Ed, in particolare, M. CECCHETTI, *ult. cit.*, p. 614 ss.

<sup>115</sup> Un curioso banco di prova dell'assimilazione del "giusto processo regolato dalla legge" al "giusto procedimento regolato dalla legge" si rinviene nel nuovo Statuto della Regione Toscana, ove all'art. 54, rubricato "Procedimento amministrativo e diritto di accesso", si adopera la formula "la legge assicura che il procedimento amministrativo rispetti il contraddittorio [...]"; che non può non richiamare alla mente proprio la lettera dell'art. 111 Cost.: entrambi, cioè, sembrano delineare il processo-procedimento come metodo oggettivo di esercizio della funzione, piuttosto che come diritto individuale. Sull'art. 54 dello Statuto della Regione Toscana vedi il commento di M. PICCHI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, in P. CARETTI, M. CARLI, E. ROSSI (a cura di),

vuole qui insinuare che il giusto procedimento come metodo obiettivo di esercizio dell'amministrazione cancelli o frustri la vocazione garantista del giusto procedimento considerato alla stregua di un diritto fondamentale dell'individuo. In realtà, configurando il giusto procedimento, improntato all'archetipo dialogico e partecipativo, come paradigma universale di esercizio della funzione amministrativa, a prescindere dalle situazioni giuridiche soggettive coinvolte<sup>116</sup>, si finisce per modificare geneticamente e dall'interno l'essenza dell'amministrazione e per delineare, seppur *in nuce*, un nuovo modo di essere delle relazioni pubblico potere-individuo, al cospetto del quale il primo termine della relazione si presenta già radicalmente mutato. Tale visione obiettivata del giusto procedimento consente, infatti, da un lato, di estendere il principio del contraddittorio anche ai casi in cui è più difficile individuare soggetti portatori di interessi qualificati e differenziati, dall'altro, di contemperare imparzialità e buon andamento attraverso il "metodo" del procedimento, nel passaggio da una "visione angelicata della partecipazione" ad una efficientista. Ciò per dire che l'"obiettivizzazione" del metodo processuale, per una strana eterogenesi dei fini, potrebbe finire per rendere l'esercizio del pubblico potere più permeabile alla partecipazione che non una visione esclusivamente soggettivo-garantistica del medesimo.

In secondo luogo, se si volge lo sguardo alle caratteristiche essenziali del processo positivizzate al II comma dell'art. 111 Cost. non pare difficile scorgere proprio in esse quei "valori permanenti" del processo, a declinazione variabile<sup>117</sup>, idonei a restituire anche il "nocciolo duro" del giusto procedimento amministrativo<sup>118</sup>.

In questa prospettiva, la garanzia del "contraddittorio tra le parti", suscettibile di assumere contenuti diversi a seconda della funzione che si esercita, parrebbe agevolmente compendiare in sé tutti gli istituti procedurali che la disciplina generale sul

---

*Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Torino, 2005, p. 258 ss.

<sup>116</sup> Già prima della riforma costituzionale del 1999 invitava ad una riscoperta del "contraddittorio" come elemento obiettivo caratterizzante il processo V. ANGIOLINI, *ult. cit.*, p. 99 ss., il quale osservava che solo configurando il principio del contraddittorio (anche) come elemento obiettivo del giudizio e non (solo) come tutela di situazioni giuridiche soggettive si poteva considerare il giudizio costituzionale alla stregua di un giudizio tra i giudizi e si potevano, per quella via, dischiudere inaspettati orizzonti al principio del "dire e contraddire", preclusi, invece, da un concezione rigidamente soggettivistica del contraddittorio.

<sup>117</sup> Sul valore meramente esemplificativo dei caratteri del giusto processo codificati all'art. 111 e sulla nozione di "giusto processo" come principio a "tessitura aperta", cfr. M. CECCHETTI, *ult. cit.*, p. 606 ss.

<sup>118</sup> Guardava alle forme contemplate all'art. 111 pre-riforma, oltre che agli artt. 24 e 25 della Costituzione, come calco per le forme del processo dell'agire amministrativo già G. PASTORI, *Introduzione*, cit., p. 36.

procedimento prevede in funzione di garanzia del diritto di difesa, di partecipazione collaborativa e di rappresentanza degli interessi<sup>119</sup>.

Similmente, il richiamo alle “condizioni di parità” delle parti apparirebbe inappropriato per il procedimento amministrativo solo ove con esso si intenda “evirazione” della posizione *potiore* riconosciuta alla amministrazione pubblica in quanto soggetto istituzionalmente deputato al perseguimento dell’interesse generale. All’opposto, se con esso si intende parità “assertoria” e “delle armi”<sup>120</sup> tra i soggetti privati e pubblici coinvolti nell’*iter* amministrativo, salva la “peculiare” posizione del soggetto pubblico che adotta l’atto finale, anche la parità giuridica tra le parti può ben attagliarsi al procedimento amministrativo. L’espressa menzione della simmetrica parità delle parti potrebbe addirittura portare a ritenere costituzionalmente imposta quella separazione organica e funzionale tra ufficio decidente ed ufficio istruttore che la migliore dottrina va auspicando da tempo e che, sul modello del *trial type*, impone l’equidistanza dell’ufficio che adotta l’atto finale tanto dal privato interveniente quanto dall’ufficio titolare della fase istruttoria<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Sulle differenti anime del contraddittorio che (con)vivono nel procedimento amministrativo, vedi G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, cit., p. 117; diffusamente M. CLARICH, *ult. cit.*, p. 69 ss., che riconduce le tre funzioni del contraddittorio ai tre modelli idealtipici di procedimento amministrativo (confrontativo, collaborativo e rappresentativo). Sulla “polifunzionalità” del contraddittorio procedimentale, che assomma in sé la funzione garantista, quella collaborativa e quella comunitario-sociale, insuperata rimane la lezione di M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., vol. II, p. 1413 ss.; ID., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione*, cit., p. 2049.

<sup>120</sup> Si mutuano le espressioni da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 66, il quale, però, le riferisce alla parità delle parti nel processo giurisdizionale.

<sup>121</sup> Sollecitazioni per “una separazione delle funzioni” tra ufficio decidente ed ufficio istruttore, secondo moduli diffusi all’estero ed, in particolare, nella disciplina statunitense e tedesca del procedimento, si rinvengono pionieristicamente in F. BENVENUTI, *Proposte in tema di organizzazione regionale*, in *Le Regioni*, 1973, artt. 66, 69, 71, 74 e 75 dell’articolato proposto ed in U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., p. 219; più di recente, vedi M. T. SERRA, *Contributo a uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 387 ss.; M. CLARICH, *ult. cit.*, p. 59 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 199 ss.; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo ed interessi materiali*, cit., p. 155 ss. *Contra*, nel senso che l’immediatezza, l’*unmittelbarkeit*, ovvero sia “l’identità dell’organo o del funzionario che istruisce e decide” è funzionale all’imparzialità della decisione, G. PASTORI, *La procedura amministrativa negli ordinamenti contemporanei*, cit., p. 65. Come noto, la realtà di diritto positivo del nostro ordinamento è quella dell’indistinzione funzionale, in cui il responsabile del procedimento, ai sensi dell’art. 6 della l. n. 241 del 1990, è incaricato di svolgere tanto le attività istruttorie quanto, ove ne abbia la competenza, quelle decisorie. Né passi avanti sembrano essersi compiuti con la l. n. 15 del 2005, che sul punto si è limitata – come noto – a modificare la lett. e) dell’art. 6, prevedendo che “l’organo competente per l’adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell’istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale”.

Più difficilmente “malleabile” appare il riferimento allo svolgimento del processo “davanti ad un giudice terzo ed imparziale”. In senso contrario si potrebbe dire che, in realtà, la terzietà del giudice non è tanto un connotato distintivo del processo, quanto della giurisdizione<sup>122</sup>, la cui attribuzione allo schema processuale pare imputabile a quella sinonimia storica fra processo e attività di giustizia che ha portato a far risplendere il primo per i *principia individuationis* della seconda. Cosicché da essa parrebbe potersi prescindere ove si discorra di funzione amministrativa, salvo, però, accorgersi che è la stessa parità dialettica delle parti, immanente ad “ogni processo”, a recare sempre con sé un *quid* di terzietà del soggetto decidente, che nel procedimento amministrativo conosce quella particolare declinazione che è l'imparzialità<sup>123</sup>.

Infine, densa di significato nell'ottica del “giusto procedimento” è la menzione della “ragionevole durata”. In essa non sembrerebbe, infatti, difficile scorgere la copertura costituzionale di quel diritto alla certezza del tempo dell'agire dell'amministrazione che, nella legge generale sul procedimento amministrativo, è di sovente chiamato a bilanciare “ragionevolmente” le garanzie del contraddittorio. Di talché potrebbe non apparire azzardato leggere nello stesso il comma dell'art. 111 Cost. ed, in particolare, nel riferimento congiunto al contraddittorio paritetico ed alla tempestività delle decisioni, il perenne *trade-off* buon andamento-imparzialità che connota di sé tutta l'articolazione del procedimento amministrativo.

Tutti gli argomenti fin qui utilizzati non sfuggono, però, alle evidenti difficoltà legate all'interpretazione analogica di una norma, quale l'art. 111 Cost., che ha un preciso e distante nesso genetico-funzionale. Questo è il prezzo che deve pagare chiunque voglia adoperare le armi dell'interpretazione per sondare il possibile fondamento costituzionale del giusto procedimento. Tale prezzo, d'altro canto, potrebbe non sembrare eccessivo se si osserva che l'operazione ermeneutica esperita, per un verso, non si traduce in una “*dis-integrazione*” del testo costituzionale, per l'altro, non cede alle lusinghe delle dottrine “*iper-integrazioniste*”<sup>124</sup> della Costituzione intesa “come un tutto”. Dal primo punto di vista, la proposta interpretativa dell'art. 111 non cozzerebbe contro la lettera di alcuna disposizione costituzionale; dal secondo essa non ricaverebbe da alcuna pretesa “visione del mondo” in grado di fornire una lettura unitaria del testo costituzionale il significato da attribuire alla singola

<sup>122</sup> Per la “terzietà” come connotato proprio della giurisdizione vedi, per tutti, V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 29.

<sup>123</sup> Sulla coesistenzialità tra parità delle parti e terzietà, seppur con riguardo al processo giurisdizionale, vedi A. ORSI BATTAGLINI, *ult. cit.*, p. 61 ss.

<sup>124</sup> Secondo le espressioni adoperate da L. H. TRIBE, M. C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005, p. 31 ss. per apostrofare due modi di *non* leggere la Costituzione.

norma. Ciò nonostante, non può non riconoscersi che la puntuale analisi della disposizione costituzionale non appare in grado, per i motivi via via evidenziati, di compensare gli sforzi interpretativi compiuti. In estrema sintesi, si può allora concludere che se, da un lato, insormontabili paiono anche nell'inedita prospettiva qui percorsa le remore ad una fondazione costituzionale del giusto procedimento per il tramite dell'art. 111 Cost., dall'altro, non vi sono fattori che ostano a ritenere che la norma costituzionale in questione soddisfi meglio delle altre disposizioni della Costituzione sino ad oggi scomodate quelle esigenze invariabili che hanno animato tutti i tentativi esperiti. In particolare, per un verso, l'art. 111 non si limita ad offrire un mero "appiglio" letterale per la costituzionalizzazione del giusto procedimento, ma restituisce l'immagine archetipica di un contenuto minimo ed indefettibile, seppur a "tessitura variabile", cui ancorare anche la "giustezza" del procedimento amministrativo. Ciò potrebbe, comunque, contribuire a colmare quella voragine giusnaturalistica che l'evocazione della "giustizia" attraverso il procedimento (o il processo) ha aperto nel nostro ordinamento. Per l'altro, la ricostruzione del giusto procedimento sul "modello" dell'art. 111 Cost., in cui esigenze di difesa e di efficienza convivono nel duplice, antinomico, richiamo alle garanzie del contraddittorio paritetico ed alla ragionevole durata, consente la sintesi tra le due anime della disciplina costituzionale dell'azione amministrativa compendiate nell'art. 97 Cost., e cioè tra l'anima difensivo-garantista e quella efficiente-funzionale. Sotto tale angolo prospettico, l'art. 111 potrebbe divenire anche il canone per interpretare le operazioni di bilanciamento che il legislatore compie, nella disciplina del procedimento amministrativo, tra garanzia delle situazioni giuridiche soggettive e speditezza dell'azione amministrativa.

### **6.1 Le suggestioni del due process of law e della natural justice: alcuni fondati paralleli.**

Pur non potendo sostenere una piena ed incondizionata adesione all'ipotizzata costituzionalizzazione, per il tramite dell'art. 111, del giusto procedimento, gli studi fin qui condotti testimoniano la tendenza a fare del "processo" uno schema unitario di esercizio del potere pubblico, comune alle varie branche dell'ordinamento. Tale tendenza non stupisce se solo si effettua una rapida, ma significativa incursione in terra straniera. Il riferimento è, come ovvio, alle esperienze dei paesi di *common law* ed, in particolare, a quella statunitense ed inglese.

Come ricorda la storiografia giuridica più recente, nelle esperienze costituzionali anglo-americane, che rimasero fedeli al modello dello Stato giurisdizionale più a lungo di quelle europeo-

continentali<sup>125</sup>, l'incontro con l'amministrazione avvenne assai tardi, tanto che ancora nel corso del tardo Ottocento l'amministrazione esecutiva veniva percepita come un'appendice "quasi accidentale" di un'organizzazione costituzionale che aveva il proprio fulcro nella funzione legislativa e giudiziaria<sup>126</sup>. Giocoforza fu, quindi, derivare i moduli organici e funzionali dell'amministrazione dalla giurisdizione, che con la prima condivideva il carattere di concretezza<sup>127</sup>. Sotto l'aspetto soggettivo-organico emblematico fu il caso del giudice di pace, su cui si resse per secoli il governo del territorio inglese<sup>128</sup>. Sotto il profilo funzionale, la fluidità dei confini tra giurisdizione e amministrazione si tradusse, invece, nel travaso delle forme processuali dalla prima alla seconda. Il raccordo della nuova attività amministrativa con il *constitutional framework* tradizionale e la sua legittimazione a comprimere le libertà individuali avvenne, cioè, mediante l'uso degli stilemi del processo<sup>129</sup>.

E così avvenne che, pionieristicamente, negli Stati Uniti il principio costituzionale per cui nessuno poteva "essere privato della vita, della libertà o della proprietà al di fuori di un giusto processo" (*due process of law*)<sup>130</sup>, e delle garanzie del contraddittorio ad esso consustanziali, travalicò i confini della funzione giurisdizionale e si impose come lo schema tipico di estrinsecazione della funzione amministrativa. A partire dal noto *j'accuse* di Ruscoe Pound nel 1938 contro l'"*administrative absolutism*" che permetteva di disporre dei diritti individuali senza contraddittorio, passando attraverso il mai

<sup>125</sup> Sulla contiguità tra lo Stato giurisdizionale medievale e la dottrina anglosassone dello Stato obbligato è il riferimento a C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931, trad. it. *Il custode della costituzione*, a cura di Caracciolo, Milano, 1981, p. 119 e Id., *Legalität und Legitimität*, Leipzig-München, 1932, trad. it., *Legalità e Legittimità*, in Id., *Le categorie del politico*, a cura di Miglio-Schiera, Milano, 1972, p. 216

<sup>126</sup> Sul tardo incontro degli ordinamenti anglo-americani con la funzione amministrativa, sulla sua contiguità con la funzione giurisdizionale e sulla omologazione della determinazione amministrativa agli atti di natura quasi giudiziale, vedi diffusamente L. MANNORI, B. SORDI, *ult. cit.*, p. 433 e p. 450 ss.

<sup>127</sup> Illuminante W. ROBSON, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London, 1951, p. 14, il quale sosteneva che "l'amministrazione giudiziale è solo una forma specializzata dell'amministrazione generale, la quale si è data una certa aria di autonomia".

<sup>128</sup> Cfr., per tutti, B. OSBORNE, *Justices of peace (1361-1848). A history of the justices of the peace for the counties of England*, Gillingham, 1960; E. G. HENDERSON, *Foundations of english administrative law. Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, Harvard, 1963.

<sup>129</sup> Peraltro, come già ricordato nelle pagine che precedono, anche in alcune esperienze continentali, come quella tedesca, si è assistito alla diffusione del processo al di fuori della giustizia. Radicalmente diverse paiono però le ragioni della processualizzazione dell'amministrazione. In Germania, infatti, il procedimento amministrativo è stato modellato su quello giudiziario per difendere l'amministrazione dalle interferenze della politica; negli Stati Uniti l'*administrative process* si è affermato proprio in funzione di difesa dalla burocrazia. Questa la convincente lettura proposta da N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, cit., p. 222.

<sup>130</sup> Così, come noto, il V emendamento della Costituzione approvato nel 1791. Nel 1868 la stessa regola venne poi estesa a livello statale con il XIV emendamento.

promulgato Walter-Logan Bill del 1940, per giungere sino all'*Administrative Procedure Act* del 1946, il principio dell'*audi alteram partem* delineò uno statuto costituzionale unitario delle decisioni pubbliche chiamate ad incidere sulle sfere giuridiche soggettive e consacrò la visione dell'*administrative process*, forgiata sul modello del *trial*<sup>131</sup>. Per il giurista statunitense l'amministrazione divenne, cioè, nella sua essenza null'altro che un processo, rivelando, peraltro, per quella via, una stretta continuità con il panprocessualismo pre-moderno delle esperienze continentali<sup>132</sup>.

Con circa trent'anni di ritardo rispetto agli approdi del *due process* americano, anche l'Inghilterra conobbe l'estensione del principio costituzionale non scritto della *natural justice*, identificata con le regole dell'imparzialità e del contraddittorio (compendiate nei noti brocardi del *nemo iudex in causa propria* e dell'*audi alteram partem*), non solo ai procedimenti amministrativi paragiurisdizionali, ma anche a quelli di amministrazione attiva. L'emersione di uno statuto costituzionale unitario del pubblico potere fu, però, più lenta e tormentata che negli Stati Uniti: dapprima, infatti, con le celeberrime decisioni del 1911 e 1915 (*Rice* e *Arlidge*) la Camera dei *Lords* ritenne che gli organi amministrativi non erano tenuti a decidere seguendo le regole del processo; solo con il *leading case Ridge vs Baldwin* del 1964 si statuì che il rispetto della regola dell'*audi alteram partem* e, più in generale, del *duty to act fairly* non dipendeva dalla natura giudiziale di un procedimento, ma dall'*“affecting the rights of the subjects”*. In tal modo, la decisione amministrativa si trovò ricondotta in un'orbita di tipo processuale, col conseguente obbligo di accordare ai soggetti interessati un *fair hearing* preventivo, di coinvolgerli nell'acquisizione delle prove, di concedere loro un pieno accesso agli atti e così via. Specularmente, però, l'applicazione del modello giustiziale all'amministrazione modificò, affievolendolo, il contenuto della *natural justice*: per non pregiudicare la funzionalità del procedimento amministrativo, la *natural justice* si tramutò, infatti,

<sup>131</sup> Sulla garanzia negli Stati Uniti del “dovuto procedimento legale” nei confronti di ogni atto che incida sui diritti riconosciuti dalla Costituzione, a prescindere dal carattere amministrativo o giurisdizionale del procedimento, d'obbligo il riferimento almeno a J. LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven, 1938, p. 46; R. POUND, *Administrative Law. Its Growth, Procedure and Significance*, Pittsburgh, 1941; B. SCHWARTZ, *An Introduction to American Administrative Law*, London-New York, 1958; J. K. PENNOCK, J. W. CHAPMAN, *Due process*, New York, 1977; J. O. FREEDMAN, *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government*, Cambridge (Mass.), 1980; J. L. MASHAW, *Due process in the Administrative State*, New Haven-London, 1985. In Italia, per un quadro di sintesi, e per alcuni minimi riferimenti bibliografici, E. J. COUTURE, *La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 86 ss.; più di recente R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, p. 606 ss.; G. F. FERRARI, *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, cit., vol. II, p. 759 ss.; D. DI CARLO, *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2004, parte II, p. 295 ss.

<sup>132</sup> Questa l'efficace sintesi di L. MANNORI, B. SORDI, *ult. cit.*, p. 506.

in *procedural fairness*, che apparve come il contenuto minimo della *natural justice* applicata all'esercizio dell'amministrazione. A prescindere dalla *querelle* sull'autonomia concettuale della *procedural fairness* dalla *natural justice*, ciò che preme qui evidenziare è che tanto la prima quanto la seconda hanno conosciuto una diluizione dei propri contenuti nelle diverse tipologie procedimentali, non richiedendo né la contemporanea applicazione dei due principi dell'imparzialità e del contraddittorio, né la loro integrale osservanza<sup>133</sup>.

Al di là delle peculiarità storiche delle due esperienze, lo studio del *due process of law* e della *natural justice* (o *procedural fairness* che dir si voglia) ci restituisce l'immagine di un metodo unitario mediante il quale si esercitano i poteri pubblici incidenti su *life, liberty e property*<sup>134</sup>.

Sul tema centrale di questo studio è, allora, possibile finalmente tornare con la consapevolezza che la proposta teorica qui vagliata con esito negativo, e cioè che il "giusto processo regolato dalla legge" possa delineare nel nostro ordinamento costituzionale uno statuto costituzionale unitario della funzione giurisdizionale ed amministrativa, ha, però, già avuto concrete traduzioni storiche in altri ordinamenti che da tempo hanno celebrato la "trasfigurazione" dell'*administrative law* nell'*administrative process*. Da un lato, questo non consente certo di sostenere la totale mutuabilità dell'esperienza anglo-americana, se non fosse altro perché in essa è storicamente prevalsa la visione del giusto procedimento come diritto fondamentale della persona a tutela della vita, della libertà e della proprietà, laddove nel nostro ordinamento il contraddittorio, come positivizzato all'art. 111 Cost., rappresenterebbe, soprattutto, il miglior modo di svolgimento obiettivo dell'attività amministrativa. Dall'altro, consente, però, di rilevare una certa diffusività dei percorsi della statualità, tradottasi in sempre più fitti intrecci ed interscambi tra *administrative law* e *droit administratif*<sup>135</sup>, che possono, forse,

---

<sup>133</sup> Nella letteratura inglese, pionieristicamente, S. A. DE SMITH, *Judicial review of administrative action*, London-New York, 1958; per un bilancio del nuovo corso vedi di recente G. RICHARDSON, H. GENN (a cura di), *Administrative Law and Government Action. The Courts and Alternative Mechanisms of Review*, London, 1994. Nella dottrina italiana per una esaustiva ricostruzione F. GHELARDUCCI, *Il principio di "natural justice" nella giurisprudenza costituzionale*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, p. 935 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *ult. cit.*, pp. 509-11; più di recente, D. DE GRAZIA, *La procedural fairness e le conseguenze della sua violazione in Inghilterra. Prima ricognizione*, dattiloscritto.

<sup>134</sup> Sull'*administrative law* e *administrative process*, come statuto unitario del "diritto amministrativo" anglo-americano, vedi, per tutti, A. E. BOENFIELD, M. ASIMOV, *State and Federal Administrative Law*, St. Paul, 1989; E. GELLHORN, R. M. LEVIN, *Administrative Law and Process*, St. Paul, 1990; H. W. R. WADE, C. F. FORSYTH, *Administrative Law*, London, 1994; D. J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administratives Procedures*, Oxford, 1996.



autorizzare letture del nostro ordinamento costituzionale con lo sguardo rivolto oltre Manica.

D'altronde, i segni di quella circolarità appaiono all'interprete evidenti nel più recente e controverso esperimento "costituzionale" europeo, vale a dire nella Costituzione europea, in cui l'art. 101 tratta del "diritto ad una buona amministrazione" come diritto fondamentale dell'individuo e reca in sé, marcati, i segni della "processualizzazione" dell'azione amministrativa. Anche ad una prima lettura, la disposizione, con i suoi espliciti richiami all'imparzialità ed equità, alla ragionevole durata, al diritto di audizione, restituisce nitida la cadenza processuale del procedimento amministrativo. Quest'ultima osservazione permette, forse, di concludere che la lettura proposta dell'art. 111, ancorché non pienamente matura nel nostro ordinamento costituzionale interno, intercetta anche i più recenti percorsi del costituzionalismo europeo.

### **7. Sulla "processualizzazione" delle funzioni statuali e su uno statuto unico del principio del contraddittorio? Alcuni spunti interlocutori in punto di teoria democratica.**

Sulla scorta delle riflessioni sin qui effettuate, sembrano allora potersi tentare alcune considerazioni di carattere più generale in grado di gettare luce sul significato che la tendenziale "processualizzazione" della funzione amministrativa può assumere se osservata in relazione, da un lato, al modo di esercizio dei pubblici poteri, dall'altro, al rapporto tra governanti e governati, nella crisi conclamata della rappresentanza politica e nell'esigenza sempre più pressante di individuare nuove forme di legittimazione dell'imperatività.

Sotto il primo angolo visuale, la giustizia *attraverso* il contraddittorio come "metodo di decisione" proprio della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale potrebbe essere vista come il seme di una palingenesi del pubblico potere. Ove, infatti, le conclusioni qui raggiunte trovassero conferma anche nelle manifestazioni sensibili della normazione, non parrebbe peregrina l'idea di delineare uno statuto costituzionale unitario del contraddittorio come "valore permanente" delle decisioni pubbliche<sup>136</sup>. Anche qui lo sguardo costantemente rivolto oltre

<sup>135</sup> Nella letteratura italiana, per la comprensione dei segni del continuo processo di riavvicinamento tra esperienze continentali ed anglo-americane, destinato a manifestarsi in forme sempre più evidenti man mano che ci si approssima ai nostri giorni, vedi, anche per i riferimenti bibliografici fondamentali, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992.

<sup>136</sup> Sull'opportunità di implementare le *consultation procedures* nei procedimenti normativi e con esse la loro struttura dialettica, vedi le sollecitazioni presenti in M. CECCHETTI, *Criticità della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano. Il caso dell'attuazione delle*

Manica potrebbe restituirci, con precipuo riguardo alla funzione legislativa, per un verso, l'immagine del Parlamento come organo di garanzia delle libertà con carattere più giustiziale che politico<sup>137</sup>, per l'altro, nel solco della critica giusrealistica alla distinzione tra legislazione e giurisdizione, la concezione delle medesime come due momenti di un unico processo di produzione del diritto<sup>138</sup>. L'apertura dei *procedimenti* di decisione pubblica alla partecipazione e, per quella via, al *pluralismo* finisce, del resto, assai significativamente per intercettare le linee di tendenza delle moderne (*rectius*, postmoderne) Costituzioni pluraliste, ove le procedure debbono riempirsi di contenuti *inclusivi*, pena lo sgretolamento del principio sostanziale comprensivo, che di tali Costituzioni è norma fondamentale<sup>139</sup>.

Sotto il secondo angolo prospettico, una concezione della funzione amministrativa come intrinsecamente processuale mostra una significativa e forse non del tutto casuale sintonia con le teorie discorsive del diritto, alla luce delle quali il principio del

---

*direttive 99/31/CE (sulle discariche di rifiuti) e su 00/53/CE (sui veicoli fuori uso)*, in [www.olea.unifi.it](http://www.olea.unifi.it); R. DICKMANN, *L'istruttoria legislativa nelle Commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. parl.*, 2000, p. 207 ss.; P. FAVA, *La consultazione e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2005, 11, p. 1515 ss.; A. VALASTRO, *La valutazione ed i molteplici volti della partecipazione nell'ordinamento italiano. Quale ruolo per la consultazione in una governance problematica?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) ed ora in M. RAVERAIRA (a cura di), *"Buone" regole, democrazia e sviluppo. La valutazione normativa nella dialettica tra pubblico e privato*, Soveria Mannelli, 2006; e, più di recente, A. CARDONE, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2008. In questa prospettiva, pionieristico appare il giudizio formulato anni or sono da G. PASTORI, *La procedura amministrativa negli ordinamenti contemporanei*, cit., pp. 49-50, laddove già definiva "pregevoli eccezioni" le norme volte ad estendere le garanzie procedurali al procedimento regolamentare (nonché a quello preordinato alla formazione degli atti amministrativi generali), quale terreno più sensibile allo sviluppo delle nuove componenti sociali dell'agire amministrativo ed al radicamento della concezione economico-sociale della procedura amministrativa.

<sup>137</sup> Sulla vicinanza, nel *rule of law* britannico, tra la procedura parlamentare e la dialettica del processo giudiziario evidente è il debito contratto con le riflessioni di N. MATTEUCCI, *Introduzione a McILWAIN C. H., Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, p. 11 ss.; U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 77 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, pp. 27-8. Di recente, sulla funzionalizzazione della legge alla libertà nel sistema anglosassone della *common law* e del *rule of law*, ove la dottrina della sovranità parlamentare altro non è che la trasposizione dell'idea medievale del Parlamento come della più alta corte di giustizia e sulla contiguità tra quel modello e la tipologia dello *Justizstaat* elaborata da Carl Schmitt, vedi O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., p. 157 ss. e spec. p. 176, nota 31.

<sup>138</sup> Almeno nel contributo dato alla teoria giuridica moderna dalla scuola del *Legal Process*: su questo punto cfr. M. BARBERIS, *Presentazione*, in G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., p. X.

<sup>139</sup> Cfr. di recente, sulla scia della dottrina del "pluralismo comprensivo" à la Rosenfeld, P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, in G. GEMMA, R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra nella giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007.

contraddittorio vive come metodo dell'“agire comunicativo”<sup>140</sup> e rimanda, in definitiva, come ultima suggestione all'idealtipo della democrazia deliberativa<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Il riferimento è, come ovvio, a J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, trad. it. L. Ceppa, *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, p. 246 ss.

<sup>141</sup> Discorre evocativamente di “democrazia deliberativa come intrinsecamente processuale” A. FERRARA, *Giustizia e giudizio*, Roma-Bari, 2000, p. 224. Connota la democrazia deliberativa per l'uso sistematico del “confronto argomentato” e della “discussione” fondata su argomenti tra tutti i soggetti coinvolti dal tema sul tappeto L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 4/2006, p. 14.