

Il diritto dell'economia

**rivista trimestrale di dottrina
giurisprudenza e documentazione**

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Diretta da
Elio Casetta, Andrea Comba, Vittorio Gasparini Casari, Guido Greco

Presidente del consiglio direttivo
Franco Bassi

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di economia e commercio
e giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di giurisprudenza; economia e commercio
e scienze bancarie, finanziarie ed assicurative

Università commerciale Luigi Bocconi di Milano
Facoltà di economia e commercio

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di economia e giurisprudenza

Università di Camerino
Facoltà di giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di economia e commercio



Mucchi Editore

BREVI NOTE SULLA PARTECIPAZIONE
DEL PRIVATO AL PROCEDIMENTO
AMMINISTRATIVO

FRANCO BASSI

1. Come è noto, l'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha introdotto la regola secondo cui l'avvio del procedimento amministrativo deve essere comunicato a cura dell'amministrazione pubblica ai soggetti che vantino interesse in ordine all'emanazione del provvedimento finale.

Si tratta, a mio avviso, dell'introduzione di un principio generale la cui rilevanza è stata complessivamente sottovalutata.

Basterà riflettere sugli effetti che la sua evidenziazione ha comportato sullo svolgimento del procedimento amministrativo. In primo luogo la comunicazione dell'avvio consente ai soggetti interessati di partecipare all'esercizio della funzione amministrativa da parte dell'autorità che sia titolare del relativo potere. Tale partecipazione a sua volta consegue un duplice scopo: da un lato quello di concorrere ad una più penetrante emersione del fatto su cui l'esercizio del potere è destinato ad operare e dall'altro quello per il soggetto interessato di rendere edotta l'amministrazione procedente di profili della questione che possono rilevarsi determinanti per un corretto uso del potere amministrativo. La partecipazione al procedimento risponde quindi ad una duplice esigenza: favorire il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico attraverso l'emanazione di un provvedimento che non sia inutilmente lesivo di interessi privati meritevoli di tutela.

Non può sfuggire la straordinaria rilevanza che l'accertamento dei fatti, oltre che la loro valutazione, presenta in ordine ad un corretto esercizio del potere amministrativo.

L'autorità in tanto sarà in condizioni di gestire al meglio l'affare affidatole in quanto sia posta in grado di conoscere nella sua compiutezza la situazione su cui è chiamata ad intervenire. Orbene per facilitare il raggiungimento di tale risultato si rende necessaria la collaborazione di quei soggetti, che in quanto interessati alla definizione dell'affare, sono in condizioni di conoscere meglio della stessa autorità le modalità del fatto, sempre per loro natura complesse e spesso di difficile interpretazione in carenza di un apporto specifico da parte del soggetto privato interessato, ma estraneo altrimenti all'esplicazione della funzione amministrativa.

La partecipazione del privato alla conoscenza dei fatti muta profondamente le modalità della gestione del potere. Il momento dell'autorità non appare più solitario nello svolgersi del procedimento, ma appare strettamente solidale al coinvolgimento dei soggetti direttamente interessati all'esito dell'uso del potere. Non sembra azzardato affermare che con l'apertura alla partecipazione dei soggetti privati interessati viene a prospettarsi una sorta di contitolarità nell'esercizio della funzione amministrativa.

In realtà tra autorità e privati viene a proporsi una sorte di alleanza nella gestione del potere. Infatti la soluzione migliore dell'affare costituisce il risultato auspicabile sia da parte di chi è titolare del potere che da parte di chi sia il destinatario del provvedimento finale.

2. I rilievi sopra svolti aiutano ad impostare e risolvere un problema che si è posto frequentemente in relazione all'esigenza del rispetto o meno della regola della comunicazione dell'avvio del procedimento anche nell'ipotesi di attività amministrativa vincolata.

Si deve partire dal rilievo che il rispetto della regola suddetta si giustifica solamente nell'ipotesi in cui la partecipazione del privato interessato possa giovare all'arricchimento del procedimento amministrativo. Ne consegue che nei casi in cui l'esercizio del potere risulti così rigidamente disciplinato in tutti i suoi possibili svolgimenti da non consentire l'apporto di qualsiasi contributo conoscitivo da parte del privato interessato viene a dissolversi l'esigenza della previa comunicazione dell'avvio del procedimento. Occorre peraltro aggiungere subito che l'evenienza che l'autorità amministra-

tiva si trovi necessitata ad esercitare il potere nel rigoroso rispetto di scelte predeterminate senza alcun spazio di libertà di azione costituisce un evento eccezionale e quindi di rara verificaazione.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione più volte di pronunciarsi sull'argomento. Ci limiteremo a menzionare una serie di arresti del consiglio di stato che appaiono particolarmente significativi. Nella sentenza 23 febbraio 2000, n. 948, della quinta sezione si puntualizza che: "la sentenza gravata ha ritenuto non applicabile alla fattispecie l'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241, data la natura vincolata del provvedimento impugnato, che presuppone un mero accertamento tecnico. Il T.A.R. ha, in altri termini, ritenuto superfluo il contraddittorio, che nella fattispecie non risulterebbe proficuo né al privato né al pubblico interesse". "La ragione di ciò sarebbe la seguente: il principio di partecipazione del privato interessato all'attività della amministrazione pubblica subisce una legittima compressione laddove questo sia inutile ai fini di un'azione amministrativa più opportuna ed imparziale. Nei casi in cui i margini di apprezzamento per l'amministrazione siano esigue, si reputa inutile l'arricchimento che la partecipazione del privato comporta, in quanto si è comunque di fronte a provvedimenti necessitati". "Il collegio, però, non condivide tale orientamento: la partecipazione del privato anche agli accertamenti che precedono provvedimenti vincolanti può rilevare circostanze ed elementi tali da condurre l'amministrazione a recedere dall'emanazione di provvedimenti restrittivi". E sulla stessa scia si sono poste le successive sentenze 29 gennaio 2004, n. 296, e 11 maggio 2004, n. 2953, della stessa quinta sezione. E recentemente anche la quarta sezione del consiglio di stato con sentenza 4 novembre 2008, n. 550, ha avuto modo di ribadire il principio secondo cui: "la partecipazione del privato ai procedimenti amministrativi prevista dal capo III° della legge n. 241 del 1990 è necessaria anche in relazione ad accertamenti che precedono provvedimenti vincolati, potendo sovente assumere rilievo, grazie all'apporto partecipativo del privato, circostanze e elementi tali da indurre l'amministrazione a recedere dalla emanazione dei provvedimenti restrittivi".

Dall'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato è lecito dedurre che l'applicazione della regola della comunicazione dell'avvio del procedimento anche nell'ipotesi di attività amministrati-

va vincolata trova la sua giustificazione nella rilevanza che l'accertamento dei fatti assume in funzione dell'emanazione del provvedimento finale. Dal che ne consegue che, posto che non è pressoché ipotizzabile una attività vincolata che non implichi un accertamento del fatto, la regola in esame dovrà necessariamente applicarsi anche alle ipotesi in cui il provvedimento amministrativo appare indirizzato all'emanazione di un provvedimento vincolato.

3. Non può peraltro sottacersi che il legislatore ha ritenuto di dover disporre al comma 2 dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, inserito con l'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, che: "il provvedimento non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Con tale puntualizzazione si è inteso indubbiamente porre una limitazione all'operatività della regola della previa comunicazione dell'avvio del procedimento. Tuttavia il fatto che tale limitazione operi solamente allorché l'amministrazione procedente sia in grado di dimostrare in giudizio la sussistenza dell'assunto e cioè che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso conduce a ritenere che l'ambito in cui il richiamato disposto legislativo potrà concretamente operare non potrà che essere assai ristretto. E ciò appunto per la ragione che l'accertamento probatorio cui l'amministrazione dovrà dar corso in sede giudiziale verrà a prospettarsi non raramente come una vera e propria *probatio diabolica*.

Indice

ARTICOLI

Franco Bassi, Brevi note sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo..... pag. 7

Mauro Renna, Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici..... » 11

Fabio Merusi, Acque e istituzioni » 27

STUDI

Stefania Baroncelli, Il modello dell'Unione economica e monetaria: un ritorno o un allontanamento da Maastricht » 35

Silvia A. Frego Luppi, La sussidiarietà orizzontale nei servizi sociali. Il caso della regione Lombardia » 67

RASSEGNE ED ILLUSTRAZIONI

Lorenzo Nannipieri, Indagine comparata sullo sviluppo delle energie rinnovabili: Spagna e Italia al confronto » 91

Rosario Papania, Gli sviluppi del desarrollo sostenibile alla luce dell'esperienza giuridica iberica » 139

Dario Scarpa, Informazione ed etica in rapporto alla responsabilità..... » 165

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA

Vera F. Cocucci, La responsabilità degli amministratori nelle società miste a partecipazione pubblica minoritaria tra azione endosocietaria ed azione erariale..... » 179

SEZIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA

Giurisprudenza della corte di giustizia e del tribunale di primo grado delle Comunità europee » 203

Atti normativi delle Comunità europee	»	210
Legislazione nazionale	»	213
Attività delle organizzazioni internazionali.....	»	215
Soluzione delle controversie internazionali: recenti decisioni.....	»	216
Organizzazione mondiale del commercio	»	221
Suggerimenti bibliografici	»	225
 LETTURE: SCHEDE, COMMENTI E RIFLESSIONI		
<i>Giovanni Reggiani</i> , Costituzione economica e ordine pubblico economico	»	227
 CONVEGNI E SEMINARI, RELAZIONI, INTERVENTI E NOTE A MARGINE		
Incontro di Studi «Nullum diem intermittere sine linea» (a cura di Leonardo Baroni)	»	233
 ABSTRACTS	»	239
 NOTE SUI COLLABORATORI	»	245