

Giusto processo e giusto procedimento

Le considerazioni qui sviluppate riguardano in principalità la giustizia amministrativa, anche se, una volta chiariti gli estremi della *quaestio*, non ne è esclusa l'applicabilità anche ad altre materie di giurisdizione, in cui vengano in rilievo le modalità formative di atti amministrativi incidenti sull'oggetto della controversia *sub iudice*: si faccia il caso d'un processo penale per abuso edilizio realizzato sulla base d'un titolo legittimante, di cui sia contestata la legittimità in relazione alla modalità del suo rilascio.

Il diritto al giusto processo

La disposizione-base di materia è la nuova formulazione dell'art. 111 Cost.: "*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*", anche se non è integralmente da condividere il rilievo di *Bartole & Bin* nel *Commentario breve* della *Cedam*, secondo cui "*la locuzione giusto processo o processo giusto è entrata nel dibattito giuridico italiano nella prima metà degli anni Sessanta, quando la cultura processualistica ha rivolto la propria attenzione a una fonte che, fino a quel momento, era rimasta nell'ombra, ossia la CEDU. È stata formulata come idonea a richiamare l'unitarietà di quelle garanzie dal fair trial o proces equitable, riconosciute espressamente dall'art. 6 CEDU*". Il rilievo non integralmente condivisibile per la radicale diversa titolarità del diritto/dovere del *giusto processo*: nel nostro art. 111 Cost. costruito come *dovere del giudice*, mentre l'art. 6 della CEDU lo pone come vero proprio diritto del cittadino: *toute personne a droit à que sa cause soit entendue par un juge*". Principio ben preciso e perentorio.

Il diritto al giusto procedimento

È meno blasonato ma altrettanto certo e fondamentale, posto dai solenni principi della Costituzione: 97: principio di legalità nell'attribuzione delle funzioni che devono garantire "il bon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"; 98: "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione"; il tutto nel quadro descritto nell'art. 54,2: "i cittadini cui sono affidate pubbliche funzioni hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore"; dove l'onore è un sentimento personale, ma il dovere di disciplina comporta/impone il puntuale rispetto/adempimento di tutte -ma proprio tutte!- le regole della funzione di competenza.

Il diritto d'impresa

Il normale rapporto cittadino - PA, sempre nella logica del diritto al *giusto procedimento*, acquista una valenza specifica e particolarmente stringente quando l'oggetto dell'intervento dell'atto amministrativo attiene all'esercizio del *diritto d'impresa*, in relazione al particolarissimo trattamento giuridico che l'ordinamento giuridico gli riserva in ragione dei valori social-economici che l'attività d'impresa istituzionalmente coinvolge.

La materia è stata da ultimo organicamente disciplinata -ancora sulla scia del diritto europeo, cfr. la *Carta di Nizza*- dalla L 11 novembre 2011 n. 180, *Norme per la tutela della libertà d'impresa- Statuto delle imprese*, una delle prime disposizioni (art. 2.5) pone il precetto-base della materia riconoscendo specificamente "*il diritto dell'impresa di operare in un contesto normativo certo e in*

un quadro di servizi pubblici tempestivi e di qualità, riducendo al minimo i margini della discrezionalità amministrativa”, mentre l’art. 6 stabilisce che “lo Stato, le Regioni, gli Enti locali e gli Enti pubblici sono tenuti a valutare l’impatto delle iniziative legislative e regolamentari, anche di natura fiscale, sulle imprese, prima della loro adozione”; come dire: “le imprese innanzi tutto!”. Quest’ assoluta priorità dell’impresa sta ora alla base dell’intero assetto socio-economico della Repubblica.

La L. 241/1990

In questo quadro va calata la legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990 (legge fondamentale di materia, radicalmente sovvertitrice del previgente regime sabauda dell’amministrare, forse per questo fatta oggetto d’un’anomala serie di modifiche), che impone tassativamente alla PA procedente sull’istanza di provvedimento variamente autorizzativo, che coinvolga -o comunque “tocchi”- anche materie di pubblico generale interesse attribuite dalla legge ad altre diverse Amministrazioni, solo attraverso la *conferenza di servizi* (in seguito c.d.s.), variamente disciplinata dagli articoli da 14 a 14 *quinquies*.

Questo *modus procedendi* costituisce un vero e proprio *diritto al giusto procedimento*, da ritenere corollario condizionante del *diritto al giusto processo*, che comunque potesse instaurarsi sulla statuizione provvedimento (sia ad opera d’un terzo contestatore dell’atto, sia ad opera dell’istante deluso dal diniego) (1).

Oggi non è più lecito alla PA -a nessuna PA- e segnatamente in tema d’impesa procedere all’istruttoria col metodo medievale della *Peregrinatio* alle Sette Chiese: frazionare l’indagine istruttoria, che comporti intervento/apporto di altre Amministrazioni, sentendole separatamente su singoli aspetti del *thema decidendum*, in una serie atomizzata di elementi, rientranti nella rispettiva sfera di competenza ed inevitabilmente frutto solo della relativa valutazione del singolo aspetto del *thema*. Apporto che, in sé e preso isolatamente, può anche essere congruo e proficuo, ma che, nel contesto complessivo in cui concretamente è destinato ad operare/agire, potrebbe non solo non essere tale (congruo e proficuo), ma, reagendo con altri concorrenti apporti di altre Amministrazioni co-coinvolte nell’istruttoria, potrebbe addirittura risultare nocivo, inficiando l’*atto finale* (che, ai sensi dell’art. 2 della L. 241/1990, costituisce la *conclusione del procedimento*) d’illegittimità o d’incongruenza.

Il diritto alla c.d.s.

Ne consegue che per il Giudice amministrativo chiamato a giudicare l’*atto finale*, sarebbe evidentemente un fuor d’opera fermarsi ad analizzare atomisticamente il singolo apporto acquisito nell’istruttoria, senza collocarlo nel contesto dei vari altri apporti acquisiti (o che avrebbero dovuto esserlo) per verificarne la “tenuta” complessiva in vista della soluzione del relativo processo. Con un ammennicolo solutorio assolutamente nuovo, ma (almeno nel caso in cui il problema sorga in sede giurisdizionale) inderogabile: la statuizione sul merito dell’atto finale oggetto del processo, assunto senza il passaggio dei vari apporti in c.d.s., dovrebbe essere sospesa in sede di trattazione della sospensiva o con “sentenza breve” ai sensi dell’art. 60 del CPA (D.Lgs.104/2010), con ordine di procedere al rinnovo dell’istruttoria tassativamente attraverso la c.d.s., per acquisire dalle varie Amministrazioni “concorrenti”, l’apporto previsto dalla legge di materia, c.d.s. organizzata in una delle forme disciplinate dagli artt. 14 della L. 241 (superfluo rilevare che si tratterebbe d’un’estensione dell’istituto della “sentenza breve”, ora recepito nel CPA, della cui introduzione

s'usa attribuire la colpa -o la paternità- a chi scrive).

Per tale guisa, accanto alla correttezza della funzione giurisdizionale sarebbe confermata "sul campo" la connessione tra *diritto al giusto processo* e *diritto al giusto procedimento*; il tutto per essere la PA al servizio esclusivo del cittadino.

Analoga soluzione dovrebbe essere adottata -ovviamente *mutatis mutandis*- in sede penale, ove fosse rilevante stabilire la legittimità dell'atto amministrativo posto/invocato a sostegno o contestazione dell'oggetto dell'imputazione. Anche in tal caso sarebbe evidentemente un fuor d'opera fermarsi ad analizzare atomisticamente il singolo apporto acquisto nell'istruttoria, valutandolo in assoluto senza collocarlo nel contesto dei vari altri apporti acquisti (o che avrebbero dovuto esserlo) nell'istruttoria per verificare la "tenuta" complessiva della legittimità dell'opera, che nel frattempo fosse stata eseguita e conseguentemente per stabilirne o negarne la legittimità.

Il tutto in forza del diritto del cittadino al giusto procedimento amministrativo, che dovesse formare comunque materia di processo.

Ivone Cacciavillani

1). Sul tema si riporta l'interessante passaggio d'un recente lavoro di due docenti dell'Università Udine: "La fase dell'istruttoria ha lo scopo di consentire alla P.A. procedente di raccogliere tutti gli atti, le informazioni, le testimonianze, nonché di svolgere, o far svolgere, le "valutazioni-tecniche", che sono necessari per poter giungere alla formazione del provvedimento. Non solo, ma è durante la stessa che la P.A. agente acquisisce, a sua discrezione o secondo le previsioni di legge, i pareri che le vengono offerti da organi consultivi e che possono essere:

= *facoltativi*, se possono essere richiesti, oppure no; se, una volta richiesti, l'Amministrazione deve necessariamente proseguire nel procedimento, e se, ove la P.A. decida di agire in senso diverso da quanto previsto nel parere, essa debba accuratamente motivare il perché della sua scelta in senso difforme dal contenuto del parere;

= *obbligatorie*, se devono essere richiesti; se, una volta ottenuti, l'Amministrazione deve necessariamente proseguire nel procedimento e se, ove la P.A. decida di agire in senso diverso da quanto previsto nel parere, essa debba accuratamente motivare il perché della sua scelta;

= *vincolanti*, se devono essere richiesti; se, una volta richiesti, l'Amministrazione può decidere di proseguire, o no, nel procedimento; ma se, una volta deciso di procedere, la P.A. non può che farlo necessariamente agendo come da parere": **L. Mazzaroli - D. Giroto**, *Elementi di diritto amministrativo per il corso di Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli ed., pag. 61.