

SABINO CASSESE

**LA PARTECIPAZIONE DEI PRIVATI ALLE DECISIONI PUBBLICHE – SAGGIO DI
DIRITTO COMPARATO (*)**

Sommario

1. Il problema
2. La comparazione
3. I modelli: a. il tipo della separazione (Francia)
4. b. il tipo funzionalista (Stati Uniti)
5. c. il tipo della *fairness* (Regno Unito)
6. d. l'approccio dell'ampliamento (Unione europea)
7. e. dalla consultazione informale a quella formale (*International Finance Corporation*)
8. Prime osservazioni comparative
9. I modi per rendere più efficace l'amministrazione
10. I modi di assicurare la giustizia nell'amministrazione
11. Le declinazioni della democrazia deliberativa

* Questo testo indica i percorsi di ricerca, come accade a chi abbia solo iniziato una indagine e stia tracciando il cammino che intende percorrere. Ho tenuto conto dei commenti di Stefano Battini, di Lorenzo Casini e di Giulio Vesperini ad una prima versione.

E' stato presentato agli studenti del corso di diritto amministrativo della facoltà di Scienze politiche dell'Università della Tuscia (Viterbo) l'11 dicembre 2006 ed è l'introduzione ad una serie di seminari di diritto amministrativo comparato dell'Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione – IRPA (2007). Il programma dei seminari, comprensivo di un più ampio elenco di decisioni giudiziarie, può trovarsi sul sito dell'IRPA (<http://www.irpa.eu>).

1. Il problema

Se in Francia si deve costruire un grande aeroporto. Se nel Regno Unito si deve realizzare un'autostrada. Se negli Stati Uniti si deve costruire un impianto nucleare. Se nell'Unione europea si debbono assegnare quote di emissione di gas ad effetto serra. Se l'*International Finance Corporation* finanzia il progetto nazionale di una grande opera pubblica. In tutti questi casi, apposite norme impongono all'amministrazione di consultare i privati.

Così, l'amministrazione fa entrare il privato nel suo processo di decisione. Rinuncia alla esclusività dei suoi poteri.

Alla formazione di queste decisioni generali (o singolari, ma di interesse generale) si chiede la partecipazione dei privati per motivi diversi. Il primo è quello di consentire all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi sui quali essa deve basare le sue scelte. Il secondo è quello di permettere al privato di far valere i suoi diritti fin dalla fase preparatoria della decisione, oltre che nell'eventuale giudizio che sorga a seguito di un ricorso successivo. Il terzo è quello di assicurare il coinvolgimento dei privati interessati nel processo decisionale ¹.

Nel primo caso, la partecipazione del privato ausilia la pubblica amministrazione, è al servizio di essa. Nel secondo caso, la partecipazione serve a difendere il privato nei confronti della pubblica amministrazione; quindi, essa emula una procedura giudiziaria. Nel terzo caso, la partecipazione consente alla società civile di esprimere la propria opinione nel processo di decisione collettivo; quindi, essa imita una procedura legislativa, quella dell'audizione parlamentare.

Dunque, nel primo caso l'autorità amministrativa si vale della partecipazione, che serve, quindi, ad accrescerne l'efficacia; nel secondo, invece, essa viene sottoposta alle regole della giustizia e diventa, quindi, più equa; nel terzo essa è obbligata a rispettare il principio di democrazia, perché deve almeno ascoltare la volontà della società civile.

La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche ha una duplice rilevanza, che possiamo dire verticale e orizzontale. Essa consente di definire l'equilibrio che si stabilisce tra Stato e cittadino.

In secondo luogo, essa si colloca sul crinale tra i tre principi che reggono i poteri pubblici, quello di autorità (su cui si fonda il potere esecutivo), quello di giustizia (assicurato, di regola, dalle corti), quello di democrazia (a cui provvedono normalmente le assemblee rappresentative).

¹ La tripartizione è formulata in modi diversi in S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in "Archivio giuridico", n. 1-2, 1970, p. 25 ss (questo è uno dei molti scritti apparsi in Italia negli anni '70 dello scorso secolo, dedicati al tema della partecipazione: si veda anche G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969). Sulla partecipazione alle procedure ambientali e urbanistiche, si veda di recente B. Jadot (sous la direction de), *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Actes du colloque organisé le 27 mai 2004 par le Centre d'étude du droit de l'environnement (CEDRE) des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, Bruylant, 2005.

L'equilibrio tra i tre principi, di autorità, di giustizia e di democraticità delle decisioni pubbliche, è molto precario.

Se l'amministrazione fa eccessivo affidamento sulla partecipazione dei privati, corre il rischio di indebolirsi e di rimanere prigioniera degli interessi organizzati più forti. Essa ha bisogno, innanzitutto, di una sua conoscenza ufficiale. E deve rimanere libera di valutare in modo neutrale gli interessi in gioco in ogni decisione relativa alla collettività.

Se la partecipazione dei privati assume troppe delle forme giudiziarie, garantendo, ad esempio, il diritto di essere informati, quello del contraddittorio, quello di ottenere una idonea motivazione della decisione, l'attività amministrativa tende verso l'"overjudicialisation" e perde efficacia. Negli Stati Uniti la procedura per stabilire gli standard dei cibi per usi dietetici durò dieci anni: solo per stabilire se la dieta dell'americano medio fosse corretta dal punto di vista delle vitamine e dei minerali furono necessari 247 giorni di udienze, che produssero 32.405 pagine di verbali².

Non minori problemi suscita la partecipazione della società civile alle decisioni pubbliche quando diviene un surrogato della democrazia. Può, infatti, un gruppo di privati (o, meglio, una somma di individui), per quanto ampio, prevalere rispetto ai funzionari pubblici, che rispondono, in ultima istanza, a chi rappresenta l'intera collettività³? Perché alcune decisioni collettive dovrebbero essere sottoposte a osservazioni, commenti, inchieste, se chi le prende è responsabile rispetto al Parlamento?

2. La comparazione

Il modo migliore per studiare il problema appena enunciato è quello comparativo⁴. Questo problema, infatti, si presenta in modi differenti nei diversi ordini giuridici, nazionali e ultrastatali, perché coinvolge – come si è notato – due dei principali aspetti della costituzione, quello del rapporto società civile - Stato e quello dell'equilibrio tra i tre poteri, esecutivo, giudiziario e legislativo, e perché riguarda un aspetto essenziale del rapporto tra cittadino e Stato, quello in cui il secondo si apre al primo e lo fa entrare nel processo di decisione pubblica. Ambedue cambiano a seconda dei diversi contesti nazionali e sopranazionali

Ci si può aspettare, ad esempio, che in Paesi, come la Francia, a prevalenza dell'esecutivo, la partecipazione abbia minor rilievo e sia in funzione dell'amministrazione; mentre dove, come nel

² S. G. Breyer, R. B. Stewart, C. R. Sunstein, A. Vermeule, *Administrative Law and Regulatory Policy- Problems, Text, and Cases*, New York, Aspen, VI ed., 2006 p. 518.

³ Problema, questo, esaminato in *House of Lords, Bushell v. Secretary of State for the Environment*, [1981] AC 75, del 7 febr. 1980 p. 22, dove viene discussa la distinzione tra *government policy* e decisioni che riguardano *particular local interests*.

⁴ Sulla comparazione in generale, R. Fideli, *La comparazione*, Milano, FrancoAngeli, 1998; E. Grande, *Development of Comparative Law in Italy*, in M. Reimann e R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, rispettivamente a pag. 3 ss. e a pag. 107 ss.

Regno Unito e negli Stati Uniti, un ruolo dominante è svolto dai giudici, la partecipazione nel corso del procedimento amministrativo diventi più importante e ad essa venga assegnato un ruolo ulteriore, nel senso che essa serve anche alla “*judicial review*”.

Quattro tentativi sono stati fatti per comparare i diritti amministrativi, in epoche diverse (fine ‘800, metà ‘900, fine ‘900), e in modi diversi, in relazione all’oggetto considerato, ai sistemi nazionali prescelti e al metodo seguito.

Il primo è quello di Frank Goodnow, il fondatore del diritto amministrativo americano, e risale al 1893⁵. Goodnow, seguendo i criteri positivistici prevalenti all’epoca, ha comparato i sistemi amministrativi, prendendo ad oggetto l’assetto dei poteri, l’amministrazione centrale e quella periferica, il pubblico impiego, l’attività amministrativa e il controllo giurisdizionale su di essa. Infine, il giurista americano ha considerato Stati Uniti, Inghilterra, Francia e Germania.

Il secondo tentativo è quello di uno dei due grandi maestri francesi della metà del secolo ventesimo, Jean Rivero (1956-1957)⁶. Questi ha prescelto un tema, l’istituto e la nozione di potere pubblico (“*puissance publique*”), e l’ha esaminato nel diritto positivo e nella scienza giuridica di quattro ordinamenti, Francia, Germania, Spagna e Inghilterra.

Il terzo è quello di Marco D’Alberti (1992), il quale ha comparato quattro sistemi giuridici (Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Italia), ma ha considerato anche le vicende storiche e intellettuali dei quattro diritti amministrativi, ponendo in grande rilievo la giurisprudenza amministrativa e il ruolo svolto dai giudici⁷.

L’ultimo è quello mio (2003). Ho cercato di comparare la formazione per opposizione (contrastiva) dei diritti amministrativi francese e britannico, seguendone le vicende storiche nell’arco di due secoli e segnalando elementi comuni, convergenze e divergenze. L’analisi, limitata agli ordinamenti giuridici rappresentativi delle due vie dello Stato moderno, è, tuttavia, estesa alle diverse ideologie dei due Paesi e alle diverse percezioni dell’altro, perché ciascuno, rappresentando l’altro, ha individuato i propri caratteri⁸.

Ora io propongo un cambio di rotta, un diverso metodo. E ciò per tre motivi.

Il primo riguarda l’area della comparazione. Questa è normalmente ristretta, a causa dell’influenza del positivismo normativistico, ai diritti statali nazionali. Ma essi non esistono da soli. Vi è un altro “strato” di norme e istituzioni, sopranazionale e transnazionale, che non solo influiscono su quelle nazionali, ma agiscono anche come importante vettore per la circolazione e il

⁵ F. J. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, New York and London, G. P. Putnam’s Sons, 1893.

⁶ J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, Paris, Le Cours de Droit, 1957.

⁷ M. D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

⁸ S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, II ed., 2003, pp. 1-93.

trapianto di istituti nazionali in altri ordinamenti. La necessità di aggiungere la dimensione verticale⁹ a quella orizzontale della comparazione giuridica è particolarmente forte nel nostro caso, sia perché gli ordini giuridici sopranazionali impongono frequentemente a quelli nazionali l'obbligo di ascoltare i privati prima di decidere, sia perché essi stessi sottostanno a tale obbligo, per stabilire rapporti diretti con la società civile. Non va sottovalutata, inoltre, la circostanza che i principi di autorità, di giustizia e di democrazia, che compongono i poteri pubblici, hanno pesi reciproci diversi nell'arena globale rispetto ai diritti nazionali, per cui una comparazione che ne tenga conto diviene più ricca.

Il secondo motivo riguarda un ulteriore pregiudizio positivistico, quello che spinge alla comparazione delle norme. Il diritto è costituito – si ritiene – da norme; quindi, si comparano norme. Ora, non è tanto importante ricostruire faticosamente tassonomie di leggi, esaminando in quali casi sia disposta la consultazione dei privati da parte delle amministrazioni pubbliche, quanto studiare in primo luogo la giurisprudenza. Infatti, sono i giudici che stabiliscono quando e quali norme si applichino, quale ne sia la portata, a quali principi fare ricorso in assenza di norme espresse, come ordinare principi e norme, e così via, operando come regolatori di secondo grado. Dunque, l'essenza profonda di un sistema legale, il suo tessuto connettivo inespresso, è rivelato dalla giurisprudenza. Non si tratta – però – di tralasciare le norme, ma di mettere in primo piano la giurisprudenza.

Il terzo motivo è che cercare di abbracciare un intero diritto è impossibile. E' meglio prendere un istituto e da questo risalire ai caratteri generali di un diritto. Procedere per ricerche indiziarie, facendo ricorso a istituti giuridici "spie"¹⁰. Ma, come i lemmi, gli istituti giuridici possono avere significati diversi in contesti diversi. Di qui l'esigenza di considerare anche i contesti d'uso degli istituti giuridici. Infine, sono precari gli stessi tipi, perché non vi sono norme fisse nel tempo. Vanno comparate, quindi, anche tendenze.

3. I modelli: a. il tipo della separazione (Francia)

Il primo tipo è quello che può essere definito della separazione. Esso sottrae al giudice il controllo della procedura di partecipazione, che rimane nel dominio esclusivo dell'amministrazione pubblica. In tal modo, si stabilisce una chiara separazione di compiti tra amministrazione e giudice: la prima consulta nel corso del procedimento, la seconda giudica la decisione raggiunta al termine del procedimento.

⁹ M. Reimann, *Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age*, in 75 *Tulane Law Rev.*, 2000-2001, p. 1103 ss.

¹⁰ C. Ginzburg, *Radici di un paradigma indiziaro*, in „Ombre rosse“, 1979, n. 29, p. 80-107 (poi in *Miti, emblemi spie: Morfologia e storia*, Torino, Einaudi, 2002).

Questo tipo si trova in Francia nel settore ambientale. In questo Paese, nel 1983, una apposita legge ha esteso la procedura di partecipazione definita “*enquête publique*”, istituita in origine per l’espropriazione, alla tutela dell’ambiente. Ma questa procedura è stata criticata sia perché tardiva (interviene quando il progetto di un’opera è in uno stadio avanzato), sia perché non conferisce sufficienti poteri a chi partecipa. Di qui la proposta – divenuta legge nel 1995 e perfezionata da altra legge del 2002 – di far precedere la procedura di inchiesta pubblica, per i soli grandi progetti di interventi infrastrutturali, da un’altra e più ampia procedura di consultazione, detta “*débat public*”. Dunque, il *débat public* è solo una delle procedure di partecipazione, che si svolge nella fase in cui può discutersi della opportunità di fare l’opera, dei suoi obiettivi e delle caratteristiche principali del progetto¹¹.

La procedura di *débat public* – ora regolata dagli articoli L121 ss. del *code de l’environnement* - si presenta come una fase separata del processo amministrativo di decisione. Questa fase è obbligatoria per i progetti maggiori, mentre, per quelli minori, può essere aperta su richiesta di numerosi soggetti, dal “*maître d’ouvrage*” all’ente pubblico responsabile del progetto, a dieci parlamentari, a un consiglio regionale, a un consiglio provinciale, a un consiglio comunale, a un consorzio di enti locali, a una associazione di protezione ambientale.

La procedura è governata da un’autorità amministrativa indipendente, composta di ventuno membri, parlamentari e rappresentanti di enti locali, giudici amministrativi e ordinari, rappresentanti degli utenti e delle associazioni ambientaliste. Essa è denominata “*Commission nationale du débat public*” ed incaricata di controllare il rispetto dei principi di informazione del pubblico e della sua partecipazione al processo di elaborazione dei progetti delle infrastrutture di interesse nazionale.

La Commissione decide se la partecipazione è necessaria, pone a disposizione del pubblico le dovute informazioni e determina le modalità della sua partecipazione, stabilisce se il *débat public* debba essere svolto dinanzi a una commissione da essa stessa istituita o debba essere organizzato dal “*maître d’ouvrage*” o dall’ente pubblico responsabile dell’opera, determina il calendario di svolgimento, che non può superare i quattro mesi (salvo proroga di due mesi), può chiedere informazioni supplementari. Entro due mesi dalla chiusura del *débat*, il presidente della Commissione pubblica un rendiconto di esso e ne fa un bilancio, ma non può pronunciarsi sul

¹¹ Sulla procedura di *débat public*, si vedano R. Hostiou – J.-C. Hélin, *Droit des enquêtes publiques*, Paris, Le Moniteur, 1993 ; J. de Lanversin (sous la direction de), *Démocratie et aménagement*, Paris, L.G.D.J., 1996 ; B. Delaunay, *La réforme de la procédure du débat public entre en vigueur*, in « AJDA », 16 décembre 2002, p. 1447 ss. ; A. Van Lang, *Droit de l’environnement*, Paris, PUF, 2002 ; R. Rollant, *La mise en débat des grands projets d’infrastructure. Une approche des procédures participatives*, Mémoire de DEA réalisé sous la direction de M. Pierre Sadran, Directeur de l’Ecole doctorale de Science Politique de Bordeaux ; E. Le Cornec, *La participation du public*, in « RFDA », n. 4, juillet-août 2006, p. 770 ; K. Foucher, *La Charte de l’environnement et le principe de participation (Réflexion sur la portée juridique de la constitutionnalisation d’un principe général du droit de l’environnement)*, testo preparato per il colloquio di Nantes del 6 ottobre 2006) ; Y. Jégouzo, *De la « participation du public » à la « démocratie participative » ?*, in « AJDA », 11 décembre 2006, p. 2314 ss. ; Y. Mansillon, *Le débat public vu par le praticien*, del 16 ottobre 2006 ; Commission nationale du débat public, *Rapport annuel 2005/2006 e Origines et missions*.

merito del progetto. Rendiconto e bilancio sono messi a disposizione del commissario incaricato della successiva *enquête publique*.

Entro tre mesi dalla pubblicazione del rendiconto e del bilancio il *maître d'ouvrage* (o l'ente pubblico responsabile del progetto) assume le decisioni relative alla realizzazione del progetto e alle sue condizioni, precisando le modificazioni apportate a séguito del *débat*. Tale decisione è inviata alla Commissione¹².

L'articolo L 121-14 del codice dell'ambiente stabilisce che, una volta divenuta definitiva tale decisione, nessuna irregolarità relativa alla procedura di *débat public* può essere fatta valere.

Il limite così posto al controllo giurisdizionale della procedura è stato fatto valere in modo rigoroso proprio dal *Conseil d'Etat*, in due decisioni, una del 2002, una del 2004¹³, sulle quali conviene soffermarsi.

La prima riguarda il progetto di costruzione della autostrada A 32. La seconda il progetto di costruzione di un aeroporto a Notre-Dame-des-Landes, nei pressi di Nantes. In ambedue i casi ha inizio una procedura di *debat public*. Nel primo caso, una associazione locale chiede alla *Commission particulière du débat public* documenti supplementari. Nel secondo caso, due associazioni fanno domanda alla *Commission nationale du débat public* di ordinare una perizia supplementare (e di interrompere provvisoriamente, quindi, la procedura). Avuto un rifiuto (nel primo caso, un silenzio-rifiuto, nel secondo una decisione implicita sul ricorso proposto al Presidente della Commissione), ricorrono al *Conseil d'Etat*.

Il giudice amministrativo decide che il rifiuto, opposto dalla commissione incaricata di organizzare la partecipazione, di domandare documenti supplementari al *maître d'ouvrage* (nel primo caso) e il rifiuto di ordinare una perizia supplementare e di interrompere il *débat* o di rinviarlo (nel secondo caso) “*ne sont pas recevables*” (non sono impugnabili). Mentre la decisione di aprire o non aprire il *débat* può essere oggetto di ricorso giurisdizionale, “*le différentes décisions que la commission peut être appelée à prendre après qu'elle a décidé d'ouvrir un débat public et qui peuvent notamment porter sur ces modalités, le calendrier et les conditions de son déroulement ne constituent pas des décisions faisant grief*”¹⁴.

¹² B. Delaunay, *Les limites aux recours contre les décisions de la Commission nationale du débat public*, in *AJDA*, 8 nov. 2004, n. 38, p. 2104. La procedura di *débat* è stata utilizzata finora in un numero limitato di casi, non più di una decina per anno.

¹³ 14 juin 2002, n. 215154, *Association pour garantir l'intégrité rurale restante* e 5 avril 2004, n. 254775, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, Union française contre les nuisances des aéronefs*.

¹⁴ Questa affermazione si trova nella seconda delle decisioni menzionate. Questa ha avuto un seguito con la decisione 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des Landes*, n. 267287, relativa al decreto ministeriale emanato per dare applicazione alle conclusioni del *débat public*. Si veda questa ultima decisione, con nota di B. Delaunay, in *AJDA*, 18 septembre 2006, p. 1664 ss.

Qui il legislatore, e ancor più chiaramente e rigidamente il giudice, hanno isolato l'amministrazione, per impedire che il privato, una volta fatta sentire la sua voce in una procedura imparziale relativa a "*l'opportunité, les objectifs et les caractéristiques principales du projet*" (così dispone l'articolo L121-1 del *code de l'environnement*), riapra lo stesso ordine di questioni dinanzi al giudice amministrativo.

La sottrazione della procedura di partecipazione pubblica al gravame giurisdizionale fa parte di una tendenza francese a limitare il ricorso giurisdizionale a mano a mano che si estendono e perfezionano le procedure partecipative¹⁵.

Queste scelte corrispondono a un tratto originario del diritto francese, e sollevano problemi di grande momento.

La tradizione costituzionale francese, risalente alla rivoluzione, è dominata dalla prevalenza dell'esecutivo e dal timore che i giudici possano "troubler" lo svolgimento dell'attività amministrativa. Si comprende, quindi, che la partecipazione sia configurata in funzione della sola amministrazione.

L'assetto singolare che discende da questo insieme di diritto legislativo e di diritto di formazione giurisprudenziale colpisce, d'altra parte, perché il legislatore ha organizzato la stessa attività amministrativa in forme giurisdizionali, garantendo l'indipendenza del soggetto incaricato di dirigere il dibattito e l'imparzialità del dibattito stesso. Ma, introdotta la democrazia nell'amministrazione (la legge del 2002 che regola la materia, modificando il codice dell'ambiente è intitolata "*democratie de proximité*"), sottrae l'esercizio della democrazia amministrativa al controllo dei giudici.

Il rischio che l'effettività delle misure di partecipazione, senza un controllo del giudice, sia ridotta, fa pensare che esse siano meno uno strumento di democrazia partecipativa che un mezzo per legittimare l'azione della pubblica amministrazione¹⁶.

Da tutto ciò emerge un tipo caratterizzato dai seguenti elementi costitutivi: prevalenza dell'esecutivo, separazione tra esecutivo e giudiziario, partecipazione in funzione del primo dei due poteri, diretta a legittimarne l'azione.

4. b. il tipo funzionalista (Stati Uniti)

Il secondo tipo può essere definito funzionalista. La procedura di partecipazione non è sottratta al controllo del giudice, ma questo si autolimita, riconoscendo ampio potere discrezionale all'amministrazione nel definire le procedure nelle quali si assicura la partecipazione dei privati.

¹⁵ B. Delaunay, cit., p. 2104.

¹⁶ B. Delaunay, cit., p. 2104.

Questo tipo si trova negli Stati Uniti. Esaminiamo – come per la Francia – le norme di base, l’evoluzione che esse hanno avuto e l’approccio della giurisprudenza¹⁷.

Negli Stati Uniti, come in altri Paesi, vi sono norme generali e norme speciali. Solo che le prime hanno un peso determinante. Esse sono contenute nell’”Administrative Procedure Act” (APA) del 1946.

Questa legge distingue procedure che conducono ad atti amministrativi generali (*rulemaking*) da procedure che si concludono con atti amministrativi singolari (*adjudication*). Le prime possono essere di due tipi: *on the record rulemaking*, caratterizzato da regole più formali; *notice and comment*, caratterizzato da uno svolgimento semplificato. Le procedure di *adjudication* regolate dall’APA possono anch’esse seguire un modello formalizzato (indipendenza dell’organo istruttore, udienza istruttoria, onere della prova, raccolta di elementi probatori, prove come base della decisione) oppure essere sottratte all’APA (*informal adjudication*).

Le vicende dell’attuazione di queste norme nell’ultimo trentennio possono essere così riassunte. Le amministrazioni, che facevano tradizionalmente ricorso a procedure di *adjudication* per sviluppare caso per caso le proprie politiche, cominciarono a fare crescente uso del più appropriato strumento del *rulemaking*, anche per evitare le regole formali e faticose dell’*adjudication*. Ma anche il secondo tipo, nella specie dell’ *on the record rulemaking*, si rivelò lungo e inefficiente, consistendo anch’esso di una procedura *trial-type*.

La Corte Suprema, nella decisione *Florida East Coast*, del 1973, relativa ad incentivi concessi in favore di compagnie ferroviarie, sostenendo che il termine *hearing* usato da una legge speciale (l’*Interstate Commerce Act*) non comportava una udienza formale con audizione orale, prove testimoniali e contraddittorio, favorì il ricorso alle procedure di *notice and comment*, più semplici, anche se meno garantiste.

A questo orientamento risposero le corti inferiori espandendo la procedura di *notice and comment* fino ad arrivare a una *paper hearing procedure*, grazie alla quale l’amministrazione è tenuta a fornire alle parti tutto il materiale documentario e di prova raccolto, che sarà poi posto a base della decisione¹⁸.

¹⁷ Sulla partecipazione negli USA, in generale, si veda R. B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, in “Harvard Law Review”, 88, 1975, p. 1699 ss.

Di recente, D. Schlosberg – S. Zavestoski – S. Shulman, *To submit a Form or Not to Submit a Form, That is the (Real) Question’: Deliberation and Mass Participation in U.S. Regulatory Rulemaking*, Paper prepared for delivery at the Second Conference on Ondine Deliberation: Design, Research, and Practice, Stanford University, May 20-22, 2005, e M.-F. Cuéllar, *Rethinking Regulatory Democracy*, in “Administrative Law Review”, 57, 2005, p. 411 ss.

L’impatto di Internet sulla partecipazione è un tema di grande interesse, su cui si vedano S. W. Shulman, *The Internet Still Might (but Probably Won’t) Change Everything: Stakeholder Views on the Future of Electronic Rulemaking*, Paper prepared for “Focus Group Protocol: eRulemaking Workshop 2.0”, June 2-4, 2004, University of Pittsburgh, e B. S. Noveck, *The Electronic Revolution in Rulemaking*, in “Emory Law Journal”, 53, Spring 2004, p. 433 ss.

¹⁸ L’evoluzione è sintetizzata in S. G. Breyer et al. op. cit., pp. 494, 518, 520-521, 527-528, 530-531.

In questo senso è significativa la sentenza della Corte di appello del II circuito *Nova Scotia* del 1977, relativa all'applicazione di una procedura sanitaria disposta dalla *Food and Drug Administration* e relativa alla cottura e conservazione di pesce affumicato. Questa affrontava due problemi, quello della comunicazione alle parti delle informazioni in possesso dell'amministrazione procedente e quello della motivazione della decisione. Sulla prima questione, la Corte di appello decise che "[...] *the scientific data should have been disclosed [...]. When the basis for a proposed rule is scientific decision, the scientific material which is believed to support the rule should be exposed to the view of interested parties for their comment.[...] To suppress meaningful comment by failure to disclose the basic data relied upon is akin to rejecting comment altogether. [...] The inadequacy of comment in turn leads in the direction of arbitrary decision-making.*"

Sulla seconda questione, la Corte interpretò la norma dell'APA (*section 553*) secondo la quale, dopo aver preso in considerazione gli elementi forniti dalle parti nel corso della procedura, l'amministrazione deve incorporare nelle *rules* un "*concise general statement of their basis and purpose*". Secondo la Corte, "[t]he agencies certainly have a good deal of discretion in expressing the basis of a rule, but the agencies do not have quite the prerogative of obscurantism reserved to legislatures.[...] [T]o sanction silence in the face of such vital questions would be to make the statutory requirement of a "*concise general statement*" less than an adequate safeguard against arbitrary decision-making".

La Corte Suprema, invece, ha mantenuto la sua posizione favorevole a un'ampia discrezionalità amministrativa nel gestire le procedure con partecipazione dei privati. Il suo punto di vista è stato affermato in *Vermont Yankee*, del 1978¹⁹, decisione relativa ad una procedura di valutazione degli effetti ambientali di un impianto di produzione di energia atomica. Su questa decisione conviene soffermarsi più ampiamente.

La storia legislativa ed amministrativa della questione risale agli inizi degli anni '70. La *Atomic Energy Commission* prima e poi la *Nuclear Regulatory Commission* che ne prese il posto decisero, sulla base delle leggi allora favorevoli allo sviluppo dell'uso dell'energia nucleare, che il problema dello stoccaggio dei rifiuti radioattivi non doveva influire sulla concessione di autorizzazioni alla gestione di nuovi impianti nucleari. Decisero, quindi, che la questione dello stoccaggio dei rifiuti nucleari non doveva essere esaminata caso per caso, nel corso della istruttoria in contraddittorio per la autorizzazione dell'impianto, ma una volta per tutte, con una procedura semplificata di *rulemaking*, fondata sulla partecipazione mediante commenti scritti e una audizione orale. I gruppi ambientalisti volevano, invece, ulteriori diritti procedurali, e in particolare il diritto ad un contraddittorio pieno con l'autorità. Chiedevano di vedersi riconosciuto il diritto alla

¹⁹ U. S. Supreme Court, *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 US 519

discovery (produzione del materiale probatorio, in modo da metter al corrente di esso tutte le parti interessate) e alla *cross-examination* (esame di testi da parte del difensore della parte avversaria).

L'autorizzazione per la gestione del nuovo impianto *Vermont Yankee* venne data sulla base di un documento della *Commission* di poche pagine, in cui quest'organo affermava con sicurezza e senza troppe dimostrazioni che i rifiuti radioattivi potevano essere collocati sotto terra, senza alcun pericolo. La commissione istruttoria, su tale base, decise che, in condizioni normali, non vi sarebbe stata nessuna contaminazione dovuta a fuga di radioattività.

Una volta concessa, anche su questa base, l'autorizzazione, i gruppi ambientalisti chiesero alla *Court of Appeals* del *District of Columbia Circuit* l'annullamento sia della autorizzazione relativa alla gestione, sia della *rule* concernente il trattamento dei rifiuti radioattivi. La Corte d'appello stabilì che l'autorizzazione era viziata per difetto della procedura. Affermò che l'amministrazione avrebbe potuto ricorrere a molti strumenti per assicurare un autentico dialogo tra l'amministrazione e i gruppi ambientalisti, conferenze informali, comunicazione di documenti, interrogatori, commissioni tecniche con esperti esterni, contraddittorio ridotto, ricerche svolte da istituti esterni e indipendenti, esame della letteratura esistente. Ma non aveva fatto nulla di tutto questo²⁰. Si era, in sostanza, sottratta alla discussione.

Contro la decisione fu proposto appello alla Corte Suprema. Secondo la Corte, l'APA ha stabilito le condizioni procedurali minime da rispettare da parte delle amministrazioni nell'attività che conduce ad atti amministrativi generali. Le amministrazioni sono libere di garantire diritti ulteriori ai privati, nell'esercizio del loro potere discrezionale. Ma i giudici non possono imporre ulteriori vincoli procedurali. Una volta rispettata la disciplina legislativa del procedimento, le amministrazioni dispongono di un potere discrezionale sia nel definire la procedura, sia nel decidere sul merito. La Corte Suprema ha concluso che “[...] *nothing [...] permitted the court to review and overturn the rulemaking proceeding on the basis of the procedural devices employed (or not employed) by the Commission so long as the Commission employed at least the statutory minima, a matter about which there is no doubt in the case*”.

La Corte ha, inoltre, osservato: “*The fundamental policy questions appropriately resolved in Congress and in the state legislatures are not subject to reexamination in the federal courts under the guise of judicial review of agency action. Time may prove wrong the decision to develop nuclear energy, but it is Congress or the States within their appropriate agencies which must eventually make that judgement [...]. Administrative decisions should be set aside [...] only for substantial procedural or substantive reasons mandated by statute, [...] not simply because the court is unhappy with the result reached*”.

²⁰ *National Resources Defence Council v. NRC*, 547 F.2d 633

L'evoluzione giurisprudenziale ha condotto al riconoscimento di maggiore discrezionalità dell'amministrazione nella procedura alla quale partecipano i privati, ma, nello stesso tempo, all'affermazione di maggior potere del giudice, in quanto questo, tramite il *documentary record* e la *full agency opinion* è in grado di esercitare un rigoroso controllo della formazione della decisione amministrativa (*hard look*).

Si noti la differenza tra la disciplina francese e quella americana. Nel primo caso, la fase della partecipazione viene isolata, sottoposta al dominio di un'autorità indipendente e sottratta al controllo giudiziario. Nel secondo caso, invece, la fase della partecipazione, nel rispetto della legge sul procedimento amministrativo, è lasciata alla discrezionalità dell'amministrazione, ma sotto il controllo del giudice. Dunque, la legge costituisce il parametro minimo da rispettare in ogni caso.

Ma il peso reciproco dell'amministrazione e delle corti è diverso nei due Paesi, così come differente è il loro atteggiamento rispetto all'amministrazione. In Francia, il giudice (amministrativo) ribadisce con forza il proprio limite rispetto all'amministrazione, stabilendo che non può intrudere nella procedura di partecipazione. Negli Stati Uniti, il giudice (ordinario) riconosce il proprio limite, lasciando discrezionalità all'amministrazione, ma si riserva il potere di *judicial review* anche sulla fase del procedimento nella quale si realizza la partecipazione dei privati. In Francia vi è immunità dell'amministrazione, negli Stati Uniti discrezionalità dell'amministrazione.

La circostanza che il giudice francese faccia corpo con l'amministrazione, a differenza da quello americano, è un elemento non irrilevante, perché l'isolamento della fase della partecipazione e l'immunità dell'amministrazione che la gestisce – stabilite dal legislatore e rafforzate dal Consiglio di Stato – sono una manifestazione di fiducia di quest'ultimo nei confronti del corpo al quale, in ultima istanza, appartiene.

In conclusione, la partecipazione, mentre in Francia è in funzione della sola amministrazione, negli Stati Uniti opera sia in funzione dell'amministrazione, sia in funzione del giudice. Questi lascia mano libera all'amministrazione nella scelta della procedura di partecipazione. Ma si riserva di valutare autonomamente, nel corso del processo, gli elementi probatori raccolti dall'amministrazione nel corso della istruttoria contenziosa.

5. c. il tipo della *fairness* (Regno Unito)

In Francia la legge e il giudice affidano interamente all'amministrazione il compito di udire i privati, ma allo stesso tempo assegnano tale funzione ad una autorità amministrativa indipendente. L'amministrazione "democratica", che ascolta i privati, è sottratta alla gerarchia burocratica, ma è

nello stesso tempo immune dal controllo giurisdizionale. E' la legge a tracciare il principio della procedura "aperta", ma spetta all'autorità indipendente di definirne le regole.

Negli Stati Uniti la legge regola minutamente i modi di consultazione. Tuttavia, spetta all'amministrazione scegliere quello più opportuno. Il giudice lascia tale discrezionalità all'amministrazione, ma si riserva il compito di controllarne l'uso, attraverso un sindacato rigido (*hard look*).

Diversa dalle due precedenti la disciplina della partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche nel Regno Unito²¹. Le caratteristiche emergono dall'esame di tre decisioni, una del 1972, una del 1980, una del 1993.

La prima decisione è della *Court of Appeal, Civil Division*²² (Lord Denning). La questione riguardava una autorità locale e la sua decisione di aumentare il numero delle licenze di taxi. Non vi era una norma che disponesse l'audizione dei privati. La Corte ha deciso che le autorità amministrative "*must act fairly*" e che quindi "*should be ready to hear, not only the particular applicant, but also any other persons or bodies whose interests are affected*".

La seconda decisione – sulla quale ci si soffermerà più ampiamente – è dell'*House of Lords*²³ (Lord Diplock). La questione riguardava un programma di costruzioni autostradali redatto nel 1972 dal *Secretary of State for the Environment* e sottoposto a *public local inquiry*. Durante l'inchiesta l'amministrazione informò i partecipanti che, per valutare la futura crescita di traffico, aveva utilizzato una propria pubblicazione. Coloro che si opponevano al programma di costruzioni autostradali chiesero di poter sottoporre a *cross-examination* gli esperti che avevano fornito prove per valutare l'accuratezza delle previsioni di traffico contenute nel documento ufficiale. L'ispettore incaricato dell'inchiesta oppose un rifiuto. Chiusa l'inchiesta, l'amministrazione adottò nuovi *standards* da cui risultava che le strade esistenti potevano sopportare un traffico maggiore, richiedendo quindi minori nuove strade. Gli oppositori chiesero di riaprire l'inchiesta, ma il ministro decise di andare avanti, sulla base dell'inchiesta già chiusa, affermando che i nuovi *standards* non ne cambiavano le conclusioni.

²¹ Sulla partecipazione nel Regno Unito, J. F. Garner, *Consultation in Subordinate Legislation*, in "Public Law", 1964, p. 105 ss.; A. D. Jergesen, *The Legal Requirements of Consultation*, in "Public Law", 1978, p. 290 ss.; T. Prosser, *Democratisation, Accountability and Institutional Design: Reflections on public Law*, in P. McAuslan – J. F. McEldowney (eds.), *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, Sweet & Maxwell, 1985, p. 170 ss.; A. Police, *La tutela del privato nel diritto urbanistico inglese: le garanzie del procedimento*, in "Rivista giuridica di urbanistica", 1991, n. 4, parte III, p. 661 ss.; G. Richardson, *The Legal Regulation of Process*, in G. Richardson – H. Genn, *Administrative Law and Government Action*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 105; F. Fracchia, *Analisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese ed in quello italiano*, in "Diritto e società", 1997, n. 2, p. 189; G. Hart, *The Value of the Inquiries System*, in "Journal of Planning & Environment Law", 1997, p. 8 ss.; P. Booth, *La participation du public en Grande-Bretagne*, relazione al colloquio organizzato dalla *Faculté de droit* dell'Università di Nantes il 6 ottobre 2006.

²² *R v Liverpool Corporation*, 14 Febr. 1972, [1972]2 QB 299.

²³ *Bushell and another v Secretary of State for the Environment*, 4 Febr. 1980, [1981] AC 75.

Due proprietari delle zone interessate proposero ricorso contro la decisione ministeriale prima alla *Queen's Bench Division*, che rigettò il ricorso, poi alla *Court of Appeal*, che lo accolse. Contro l'accoglimento il ministro ricorse alla *House of Lords*.

Anche in questo caso non vi era una norma espressa che regolasse il diritto delle parti.

La *House of Lords* ha deciso che non bisogna far ricorso al principio di *natural justice*, che può suggerire di usare come prototipo la procedura giudiziaria, ma piuttosto a quello di *fairness*. Sarebbe erroneo – ha continuato l'*House of Lords* – ritenere che in un procedimento amministrativo di questo tipo debba applicarsi la procedura giudiziaria, con la audizione dei testi e degli esperti e il contraddittorio, perché in tal modo si finirebbe per “*over-judicialize*” tale procedimento. L'analogia tra procedimento amministrativo e procedura giudiziaria è falsa. L'amministrazione dispone di una “*collective knowledge*” e deve rispondere al Parlamento: “*a local inquiry does not provide a suitable forum in which to debate what is in the relevant sense a matter of government policy*”.

La terza decisione è della *Queen's Bench Division (Crown Office List)*²⁴. La questione riguardava la determinazione di canoni per l'uso di stalli su suolo pubblico da parte delle autorità locali. Anche in questo caso non vi era una norma espressa. La Corte ha stabilito che, pur in assenza di una apposita norma, il principio di *fairness* richiedeva una idonea consultazione. “[...] *it was incumbent on the Council to provide sufficient details of its proposals and the reasons for them to enable the traders to understand what was proposed and why it was proposed, and to make sensible comments in reply. Secondly, those details had to be provided, and the responses received bona fide – that is to say, with an open mind and a willingness to consider the representations of the traders and, if appropriate, to give effect to them. Thirdly, the traders had to be given adequate time to consider what was proposed and respond to it. Fourthly, in conformity with the second requirement, the Council had conscientiously to take into account such representations as the traders made in reaching the final decision*”.

L'esempio britannico illustra un tipo diverso da quelli esaminati in precedenza. Qui l'area delle procedure nelle quali è assicurata per legge la partecipazione del privato è meno definita, così come sono meno definiti per legge i diritti di partecipazione (anche se, poi, a ciò suppliscono *statutory instruments*, e cioè atti di tipo regolamentare). Ma ciò non toglie che il giudice riconosca l'obbligo dell'amministrazione di rispettare il principio di *fairness*, sia pure in forma debole, cioè garantendo diritti di partecipazione in misura minore di quelli assicurati davanti ai giudici.

In conclusione, la partecipazione nel Regno Unito si presenta come una via di mezzo tra quella francese e quella americana. Viene riconosciuto un ruolo alla “*government policy*” e rispettata la “*collective knowledge*” dell'amministrazione. Viene evocato il pericolo di

²⁴ *R v Birmingham City Council*, 22 Jan. 1993, 91 LGR 532.

“*overjudicialization*”. Ma viene poi invocato il principio di “*fairness*” per farne discendere l’obbligo dell’amministrazione di ascoltare gli interessati, raccogliendo materiale probatorio rilevante non solo per la decisione amministrativa, ma anche per il successivo riesame giurisdizionale della sua legittimità.

6. d. l’approccio dell’ampliamento (Unione europea)

Si sono esaminati finora ordinamenti nazionali (o statali). Si sono rilevate diversità notevoli, principale delle quali la circostanza che la consultazione sia strutturata in Francia e negli Stati Uniti in forme quasi giudiziarie (nel primo Paese in quanto essa è rimessa a una autorità indipendente, nel secondo in quanto la legge articola la procedura *ad instar* di quella giurisdizionale), mentre nel Regno Unito si teme la giudizializzazione del procedimento amministrativo contraddittorio.

Ma l’obbligo delle amministrazioni di consultare i privati prima di decidere è disposto anche in ordini giuridici sopranazionali, regionali (come l’Unione europea) e globali.

In questo ultimo tipo di sistemi giuridici, tuttavia, la consultazione assume un significato diverso da quello proprio degli ordinamenti interni o domestici. Si tenga conto che gli Stati poggiano su una società civile, che fa parte di essi (secondo la tradizione il popolo è uno degli elementi che compongono lo Stato). Nell’arena sovrastatale, invece, non vi è, in senso proprio, una società civile. Sono assenti o si affermano con difficoltà tutti i legami che solitamente un ordinamento giuridico rappresentativo ha con la collettività che ne sta alla base: la nozione di cittadinanza, la previsione di periodiche elezioni, l’*accountability* dei poteri pubblici alla collettività. Tutto questo dipende dall’ancora forte legame di esclusività del rapporto tra lo Stato e la società che la compone come elemento costitutivo.

Da ciò discendono conseguenze importanti anche per quanto attiene ai rapporti amministrativi tra collettività o individui e apparati sopranazionali. Come vedremo, negli ordinamenti giuridici sopranazionali sono presenti – anzi, sono frequentemente presenti – norme sull’obbligo di consultazione. Ma questo obbligo non grava direttamente sull’apparato sopranazionale, bensì o su quello nazionale o su soggetti che operano nell’arena nazionale in funzione globale²⁵.

Si prenda ad esempio la direttiva CE 2003/87 del 25 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità europea. Questa prevede una procedura statale complessa, con una doppia consultazione. Dispone che ciascuno Stato

²⁵ Un’altra differenza è costituita dalla circostanza che gli ordini giuridici globali non prevedono soltanto la partecipazione di privati, bensì anche quella degli stessi Stati (sia dinanzi a organi di altri Stati, sia dinanzi a organi delle stesse istituzioni globali). Su questo fenomeno, si veda S. Cassese, *Un giusto procedimento globale?*, in S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 120 ss.

Sulla partecipazione nell’Unione europea, in generale, S. Saurugger (ed.), *Les modes de représentation dans l’Union européenne*, Paris, L’Harmattan, 2003.

membro elabori un piano nazionale triennale (poi quinquennale) che determina le quote totali di emissioni da assegnare per tale periodo e le modalità di tale assegnazione. Il piano “tiene nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico” (art. 9.1).

Il piano viene notificato alla Commissione, organo della Comunità europea, che può respingerlo in tutto o in parte. Lo Stato, una volta che ha accettato le modifiche proposte dalla Commissione, assume una decisione in merito alle quote totali di emissione che assegnerà nel triennio e in merito all’assegnazione di aliquote al gestore di ciascun impianto. Tale decisione è presa sulla base del piano nazionale di assegnazione “tenendo nella dovuta considerazione le osservazioni del pubblico”(art. 11.1).

Il punto 9 dell’allegato III della direttiva dispone: “il piano prevede disposizioni riguardanti le osservazioni che il pubblico può presentare e contiene informazioni sulle modalità con le quali si terrà conto delle suddette osservazioni prima di adottare una decisione in materia di assegnazione delle quote”²⁶.

Sulla partecipazione del pubblico prevista in questa direttiva si è pronunciato il Tribunale delle Comunità europee, I sezione, il 23 novembre 2005²⁷. Il Tribunale ha annullato una decisione della Commissione relativa al piano del Regno Unito.

La vicenda era la seguente. Il Regno Unito aveva presentato un piano. Avute osservazioni dalla Commissione europea, aveva presentato una seconda versione del piano. La Commissione, però, aveva deciso che il Regno Unito non poteva aumentare, nella seconda fase, il quantitativo complessivo di quote da assegnare. Contro tale decisione aveva proposto ricorso il Regno Unito, osservando, tra l’altro, che, se anche nella seconda fase doveva essere svolta una consultazione, non si poteva non tener conto di osservazioni che riguardassero anche il quantitativo complessivo delle quote da assegnare. La Commissione, all’opposto, sosteneva che la seconda consultazione poteva

²⁶ In generale, sulla consultazione del pubblico da parte della Commissione, si veda la Comunicazione della Commissione *Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*, del 11 dicembre 2002, COM (2002) 704 final.

Un altro caso interessante è quello sollevato nella causa C-216/05, relativa alla introduzione, in Irlanda, di una tassa amministrativa a carico di chi presenti osservazioni in una procedura di consultazione relativa alla valutazione dell’impatto ambientale, quale presupposto della partecipazione nella procedura. E’ stato così posto il problema se tale tassa dissuada dal partecipare, limitando i diritti di partecipazione del pubblico. Si vedano le Conclusioni dell’Avvocato generale C. Stix-Hackl, per il quale non vi sarebbe un diritto illimitato di partecipazione, gli Stati possono precisare condizioni e modalità della partecipazione e una tassa non rende in concreto impossibile od oltremodo difficile la consultazione. La Corte nella decisione del 9 novembre 2006 ha concluso che “*tale disciplina dimostra che, nello spirito del legislatore comunitario, la riscossione di una tassa di un importo ragionevole non è incompatibile con la garanzia d’accesso alle informazioni. Risulta da quanto precede, che la riscossione di una tassa amministrativa non è, di per sé, incompatibile con lo scopo della direttiva 85/337. Se la direttiva 85/337 non osta a tasse come quelle imposte dalla normativa nazionale in questione nella presente causa, queste non possono tuttavia essere fissate a un livello tale da impedire alla detta direttiva di spiegare pienamente i suoi effetti, conformemente allo scopo che essa persegue (v., in tal senso, sentenza 8 marzo 2001, causa C-97/00, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2053, punto 9). Ciò avverrebbe qualora, a causa del suo importo, una tassa fosse tale da costituire un ostacolo all’esercizio dei diritti di partecipazione derivanti dall’art. 6 della direttiva 85/337*” (Paragrafi 41-44).

²⁷ Causa T-178/05.

riguardare la modificazione di alcuni dati e servire ad assegnare nuovamente le quote nei limiti del quantitativo totale, non poteva condurre ad accrescere l'importo totale.

Tra i motivi dell'annullamento, il Tribunale ha indicato il seguente. La pretesa della Commissione per cui le osservazioni del pubblico, formulate nel corso della seconda consultazione, possano servire soltanto per modificare i dati ed eventualmente assegnare le quote nel limite del quantitativo totale, e non per aumentare il quantitativo complessivo, è illegittima. “[...] Lo Stato membro è obbligato, ai sensi dell’art. 11.1, e del punto 9 dell’allegato III della direttiva 2003/87, a prendere in considerazione le osservazioni formulate dal pubblico dopo la notifica iniziale del piano e prima dell’adozione della decisione definitiva ai sensi dell’art. 11.1 della medesima direttiva. Tale consultazione del pubblico sarebbe inutile, e le osservazioni del pubblico puramente teoriche, se le modifiche al piano che possono essere proposte dopo la scadenza del termine di tre mesi previsto dall’art. 9.3 della direttiva 2003/87 o dopo una decisione della Commissione assunta in applicazione della stessa disposizione fossero soltanto quelle che ha indicato la Commissione”.

Come osservato prima, qui la consultazione è svolta dall'amministrazione nazionale, nonostante che sia disposta dal diritto comunitario. Tuttavia, l'amministrazione nazionale opera in funzione comunitaria e il suo piano deve essere approvato dalla Commissione. Quest'ultima, nel caso esaminato, intendeva limitare la portata della seconda decisione, e conseguentemente della seconda consultazione. Il Tribunale, invece, ha seguito un orientamento favorevole a una più ampia partecipazione anche nel corso della seconda consultazione, che così può avere ad oggetto sia le modifiche necessarie per rimediare ad incompatibilità del piano nazionale rilevate dalla Commissione, sia quelle proposte dallo Stato membro di propria iniziativa, potendo quindi anche modificare il quantitativo complessivo, oltre che le quote nei limiti del quantitativo totale. Dunque, l'ampliamento della partecipazione serve al Tribunale per dimostrare la maggiore latitudine della seconda decisione.

Il giudice europeo segue, in conclusione, un approccio favorevole all'ampliamento dell'area della partecipazione, anche se questa si realizza nell'ambito di procedimenti statali, ma in funzione di un interesse comune, regolato da disciplina comunitaria.

Mutando il contesto, da quello statale a quello sovrastatale, muta il tipo di disciplina dettata dal giudice. L'Unione europea si pone come regolatore di rapporti che coinvolgono essa stessa solo indirettamente. I rapporti riguardano, in via principale, Stati nazionali e cittadini. In questo contesto, diviene irrilevante l'equilibrio che può venire a stabilirsi tra i tre poteri dello Stato. Acquista un valore che si direbbe “puro” la partecipazione, che viene privilegiata al di fuori del contesto dei poteri nazionali che possono condizionarlo.

7. e. dalla consultazione informale a quella formale (International Finance Corporation)

Dagli ordini giuridici nazionali e da quello europeo muoviamo a quello globale.

Si tratta di un ordinamento allo stato nascente, con pochi anni di vita. Non ci si può aspettare, dunque, un assetto normativo consolidato.

Si tratta, poi, di un ordinamento privo di legittimazione democratica o elettiva. Dunque, l'unico modo per consentire alla "società civile" di far sentire la sua voce è quello di permettere a privati, singoli o associati, di partecipare al processo di decisione, secondo il modulo della democrazia deliberativa²⁸.

Si tratta, infine, di un sistema giuridico non unitario, formato da almeno due migliaia di *global regulatory regimes*, con molte connessioni reciproche, ma senza un corpo generale di norme. Dunque, di questi regimi regolatori ne va prescelto uno, che sia significativo per aver sviluppato, accanto a un complesso di norme, anche un apparato amministrativo, diretto o indiretto, e un meccanismo giudiziario o quasi giudiziario, di verifica del rispetto delle norme da parte dell'apparato amministrativo.

L'*International Finance Corporation (IFC)* è l'istituzione della famiglia della Banca Mondiale che finanzia il settore privato. Essa opera in modo indiretto. Fa prestiti a organismi privati nazionali, nei quali acquisisce anche titoli di partecipazione. Opera tramite un soggetto privato nazionale definito *sponsor* e un altro soggetto privato nazionale che costruisce e gestisce l'opera finanziata. Questi soggetti costituiscono una sorta di amministrazione indiretta dell'*IFC* e debbono quindi rispettare le norme e direttive da essa dettate.

La disciplina della consultazione è contenuta in due documenti dell'*IFC*, continuamente aggiornati, *Procedure for Environmental and Social Review of Projects* (par. 37-45) e *Policy on Social and Environmental Sustainability* (par. 19-21)²⁹.

Questi atti dispongono una "*free, prior, and informed consultation of the affected communities*". Essi prevedono che lo *sponsor* del progetto conduca consultazioni con gli interessati, le organizzazioni non governative e le autorità pubbliche al più presto possibile nel corso della procedura, fornendo tutte le informazioni rilevanti. Oggetto della consultazione è la valutazione ambientale. La consultazione è disposta in tre fasi diverse. Quella iniziale. Quando il progetto di valutazione ambientale è pronto. Durante la costruzione e la gestione dell'opera.

Nell'ottobre 2004 l'*IFC* ha finanziato il progetto di un impianto idroelettrico in India. *Sponsor* era la *Malana Power Company Limited*, con una partecipazione del 90% nella *Allain Duhangan Hydro Power Limited*, società di costruzione e gestione. Nello stesso mese, gli abitanti

²⁸ J. Ferejohn, *Accountability in a Global Context*, paper presented at New York University, Hauser Colloquium on Globalization and Its Discontents, November 1, 2006, p. 25

²⁹ Si vedano altresì il documento *Policy on Disclosure of Information* e quello a contenuto divulgativo *Doing Better Business Through Effective Public Consultation and Disclosure*.

della zona interessata all'opera si rivolgevano al *Compliance Advisor/Ombudsman (CAO)*, un organo indipendente dell'*IFC*, con tre compiti, quello di *ombudsman*, quello consultivo e quello – che qui interessa – di organo imparziale di verifica del rispetto di “*policies, guidelines, procedures, and systems*” dell'*IFC*.

Nel ricorso³⁰, gli abitanti della zona lamentavano che la valutazione dell'impatto ambientale e sociale del progetto era stata compiuta senza assicurare una consultazione sufficiente. In particolare, lamentavano che lo *sponsor* avesse fatto ricorso a procedure informali di comunicazione e di risoluzione delle dispute. Queste procedure erano considerate dai ricorrenti non trasparenti né eque. Esse consentivano di agevolare amici, ignorando i gruppi minoritari, le donne e le persone di casta inferiore.

La questione veniva decisa dal *CAO* con due atti, un *Assessment Report* del marzo 2005³¹ e un *Progress Report* dell'agosto 2006. Nel secondo documento il *CAO* raccomandava di adottare “*more formal mechanisms for representation and documentation of community concerns and grievances, and of company responses to them.[...] Company stakeholder engagement should be handled in a systematic and professional manner – with a clear understanding of why it is being done, who is represented, and how it will affect the community and the project*”.

La consultazione, dunque, è regolata nell'ordine giuridico globale - almeno in alcuni dei regimi regolatori che lo compongono -. Ma essa, da un lato, è disposta da misure di *soft law*, quali gli atti sopra menzionati (*policies, procedures*); dall'altro è regolata in modo poco rigido, lasciando così alle società finanziate dall'*IFC* un ampio margine di scelta circa le maniere in cui svolgere la consultazione. Con la conseguenza di produrre disuguaglianze, su cui è intervenuto l'organo di riesame di “*structure fair, transparent, representative and durable mechanisms to resolve conflicts and concerns between the company and community*”.

La pronuncia dell'organo di riesame, a sua volta, rappresenta qualcosa di meno e qualcosa di più della pronuncia di un organo di giustizia. Essa consiste infatti in raccomandazioni, indirizzate direttamente al Presidente della Banca mondiale. Ma non si limita a verificare il rispetto della disciplina regolamentare interna, suggerisce anche strumenti per perfezionarla, sia pure limitatamente al caso concreto.

Anche in questo, come nel tipo della partecipazione regolata dall'Unione europea, da un lato la disciplina è estranea al gioco dei tre poteri dello Stato, dall'altro vi è un “favor” per la partecipazione.

³⁰ Seguito da altro ricorso dell'agosto 2005 di 35 persone, questo rigettato nel settembre 2006, perché di contenuto analogo al primo.

³¹ Il documento sul sito reca la data del marzo 2004, erronea essendo il ricorso dell'ottobre 2004.

Non va sottovalutata, specialmente in questo tipo (ma anche in quello relativo all'Unione europea), la circostanza che sia affermato sì l'obbligo (di consultazione) di soggetti appartenenti ad ordinamenti diversi (quelli statali), ma che tali soggetti operano in funzione degli ordini giuridici superiori. Questi, quindi, legittimano indirettamente la propria azione imponendo o facendo rispettare l'obbligo di consultazione. Con bassi costi, ottengono così importanti benefici.

8. Prime osservazioni comparative

Le conclusioni raggiunte dai giudici o dagli organi quasi giurisdizionali nelle cinque principali questioni esaminate più analiticamente sono state le seguenti:

- a. Il privato deve essere udito. Le modalità della consultazione le decide una apposita autorità indipendente, senza che il giudice possa sottoporle a riesame (*Association pour garantir l'intégrité rurale restante e Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, Union française contre les nuisances des aéronefs*).
- b. il privato deve essere udito. Come questo debba avvenire, lo decide l'amministrazione. Né i privati, né i giudici possono mettere in discussione le decisioni del Parlamento (*Vermont Yankee*).
- c. Il privato deve essere udito. Ma ciò non comporta che egli possa contestare le decisioni governative e pretendere che si applichi una procedura di tipo giudiziario (*Bushell*).
- d. Il privato deve essere udito sia nella prima, sia nella seconda fase della procedura. In quest'ultima, le sue osservazioni possono vertere sia sulle aliquote assegnate al gestore di ciascun impianto, sia anche sulle quote nazionali totali (T-178/05).
- e. Il privato deve essere udito non mediante procedure informali di comunicazione, di intervento e di risoluzione dei conflitti, bensì facendo ricorso a meccanismi formali di partecipazione (CAO, *Assessment Report*, 2005; *Progress Report*, 2006).

Come osservato all'inizio, il diverso modo in cui è regolata la partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche rivela non solo il posto riconosciuto al privato nei confronti dell'amministrazione, ma anche il peso rispettivo assegnato ai tre poteri dello Stato.

L'esame comparativo delle cinque decisioni consente di formulare le seguenti osservazioni comparative.

La prima riguarda il ruolo della legge. La tradizione vuole che negli ordinamenti a diritto codificato, come la Francia, tutte le regole di diritto provenienti dallo Stato siano regole legislative, cioè emananti da una assemblea rappresentativa della nazione. All'opposto, nei Paesi di *common*

law avrebbero un posto dominante regole non scritte, enunciate dai tribunali. Invece, l'esame compiuto consente di notare che, in ogni caso, i giudici partono dall'esame delle norme scritte, legislative o regolamentari. Si chiedono, poi, se si applichino norme speciali o generali. Solo in assenza di norme scritte, fanno appello a principi.

Le decisioni del 2002 e del 2004 del Consiglio di Stato francese iniziano da un minuto esame della legislazione relative al *débat public*. Allo stesso modo la sentenza del 1978 della Corte Suprema americana parte da una accurata analisi della legge del 1946 sul procedimento amministrativo. La sentenza dell'*House of Lords* del 1980 dà un posto rilevante alla legge, quando osserva inizialmente che il caso non è regolato da apposite norme legislative, perché le disposizioni regolamentari previste dalla legge del 1971 (*Tribunals and Inquiries Act*) non erano ancora state emanate e un'altra legge, l'*Highways Act 1959*, non conteneva disposizioni sul procedimento. La sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 2005 segue la tecnica consolidata dei giudici europei, quella di muovere dalla descrizione del "contesto normativo", che viene poi applicato al caso concreto. Infine, le decisioni del *Compliance Advisor / Ombudsman* (2005) partono anch'esse dalle *Procedures* e dalle *Policies* dell'*International Finance Corporation*, per valutarne l'applicazione, ma anche per fare "raccomandazioni" ai fini della loro attuazione.

Risultano, quindi, confermate l'osservazione di Holmes (1881) sul *common law* per cui "*the growth of the law is legislative*"³² e quella di Merryman (1985) per cui "*judges continually make law in civil law jurisdictions*"³³. E smentite la tesi per cui il diritto ultrastatale sarebbe il prodotto di accordi tra Stati, perché anche in tale diritto prevalgono norme³⁴.

La seconda conclusione comparativa riguarda un ulteriore elemento comune, quello della *deference* nei riguardi dell'amministrazione, da parte dei giudici. La tradizione vuole che i sistemi giuridici si distinguano in relazione al posto fatto ai giudici. Questi giocherebbero un ruolo importante negli ordinamenti di *common law*, un ruolo limitato in quelli a diritto codificato, dove sono solo *bouche de la loi*. L'esame compiuto mostra che l'atteggiamento dei giudici nei confronti dell'amministrazione è sempre diretto, sia negli uni che negli altri ordinamenti, a riconoscere un proprio spazio al potere amministrativo.

³² O. W. Holmes, *The Common Law* (1881), Boston, Mass., Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1963 (Howe ed.), p. 31-32.

³³ J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition – An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Calif., Stanford Univ. Press, II ed., 1985, p. 83.

³⁴ L'uso diffuso in alcuni Paesi di stabilire in legge il diritto di partecipazione dei privati al procedimento amministrativo non deve far dimenticare che è frequente anche l'uso di ricorrere, allo stesso scopo, a norme secondarie, variamente definite, a seconda dei contesti, regolamenti, *statutory instruments*, *policies*, *rules*. Ai giudici, quali regolatori di secondo grado, sono rimesse numerose decisioni. Tra queste, le principali sono due: scegliere tra disposizioni generali e disposizioni di settore; optare per un approccio rigoroso (*hard look*), con il rischio di indurre il legislatore interessato a reagire, ampliando la discrezionalità all'amministrazione, oppure per un'applicazione meno rigida, lasciando, così, senza una sufficiente protezione le situazioni soggettive dei privati.

Due sono, invece, le differenze. La prima riguarda il modo diverso di porsi dei giudici nei confronti dell'amministrazione, in Francia e nel Regno Unito, da un lato, e negli Stati Uniti, dall'altro. Nei primi due Paesi, le corti riconoscono una immunità da sindacato in particolari aree – come quelle procedurali – dell'amministrazione. Ciò non accade nell'altro caso.

La seconda differenza emerge dal confronto tra strato normativo nazionale e strato normativo sopranazionale. In questo ultimo, i giudici e gli organi quasi giurisdizionali sono maggiormente pronti a riconoscere diritti procedurali ai privati. Ciò dipende dalla circostanza che la partecipazione dei privati è in uno stadio primitivo di sviluppo nella disciplina globale? Oppure dalla circostanza che ordinamenti statali e ordinamenti sovrastatali sono diversi, rendendo più agevole ai secondi di imporre obblighi procedurali ai primi? Oppure dalla ricerca – da parte degli ordinamenti sovrastatali - di una legittimazione che loro manca attraverso la partecipazione democratica (realizzandosi comunque la partecipazione procedurale dinanzi ad organi che operano in funzione sopranazionale)?

Il riconoscimento del diritto di partecipazione operato a livello sopranazionale, imponendosi a soggetti pubblici diversi, quelli nazionali, se, per un verso, appare più agevole, per altro verso, appare di più difficile attuazione perché pone, in virtù di norme sopranazionali, i cittadini in conflitto con il proprio Stato.

9. I modi per rendere più efficace l'amministrazione

Si sono esaminate cinque diverse declinazioni della partecipazione al processo di decisione pubblica.

L'esame dovrà continuare con la valutazione delle implicazioni procedurali di ciascuno dei tipi ed approcci³⁵. E', tuttavia, il momento per qualche considerazione di ordine più generale, che serva a mettere a fuoco le questioni alle quali si spera di trovare una risposta nel procedere dell'indagine.

S'è detto in apertura che la partecipazione sta sul crinale tra amministrazione, giustizia e democrazia. Serve all'amministrazione, ma può anche servire a realizzare il diritto di difesa del

³⁵ Le principali questioni relative alla procedura di partecipazione sono le seguenti. Innanzitutto, occorre domandarsi se vi sia un obbligo, legislativo o non legislativo, nazionale o sopranazionale, di consultazione, a quali principi risalga e quale ne sia lo scopo, se l'amministrazione possa sottrarsi a tale obbligo.

In secondo luogo, va accertato che cosa richieda tale obbligo: a quale stadio della procedura sia disposta la consultazione, se sia previsto un obbligo di preventiva, sufficiente informazione, se sia concesso al privato tempo sufficiente per fornire i propri commenti.

In terzo luogo, occorre individuare chi ha diritto di partecipare al processo di decisione: i soli soggetti direttamente interessati ad esso, oppure una collettività più ampia? In tale ultimo caso, come definita?

Infine, deve essere considerato quali effetti produca la consultazione (ad esempio, l'obbligo di prendere in considerazione le osservazioni dei privati) e quali la mancata consultazione (ad esempio, la possibilità di proporre ricorso ad un giudice).

privato, così come può servire il diritto del privato di partecipare alla vita democratica della collettività.

Innanzitutto, la partecipazione serve a rendere più efficace l'azione amministrativa. Essa, quindi, è in funzione di quest'ultima.

Ma in questa funzione c'è un'ambiguità. La partecipazione può servire al cittadino più che all'amministrazione, o, viceversa, a quest'ultima per decidere meglio, più che al privato.

Prevalga l'uno o l'altra, la partecipazione in funzione amministrativa è al centro di molte lagnanze. Essa distoglie l'amministrazione dall'eseguire i dettami del vertice politico. Mette in conflitto la collettività con i propri rappresentanti. Oppure mette in conflitto una collettività o un gruppo più ristretto con quello più ampio, rappresentato in Parlamento. Rallenta, frena, appesantisce l'azione amministrativa.

10. I modi di assicurare la giustizia nell'amministrazione

Si consideri invece il diritto di partecipazione in funzione di giustizia.

Quando leggi, regolamenti o giudici riconoscono un diritto di partecipazione, spostano, in sostanza, il diritto di difesa in una fase precedente alla decisione. Il privato ha diritto ad un riesame giurisdizionale delle decisioni. Strumentale ad esso è il diritto di difesa, che si realizza nel processo, dopo l'impugnazione della decisione amministrativa. Se al privato è riconosciuto un diritto di partecipazione nel corso del procedimento, prima che la decisione amministrativa venga presa, in sostanza, vi è una anticipazione del diritto di difesa.

Questa partecipazione presenta debolezze, ma ha anche punti di forza. Le sue debolezze sono due. Da un lato, la partecipazione nel procedimento è meno efficace di quella che si realizza nel processo. Quest'ultima è salvaguardata da più precise e stringenti norme procedurali. Dall'altro, la partecipazione nel corso dell'attività amministrativa rischia di allungarne la durata, producendo inefficienza.

La partecipazione nel corso del procedimento, però, serve anche al giudice. Questo potrà sindacare la decisione amministrativa, resa più trasparente dall'intervento del privato. Prove, testimonianze, interessi, introdotti nel corso del procedimento servono al sindacato di legittimità del giudice. Quest'ultimo, a sua volta, anche perché interessato agli elementi che la partecipazione del privato nel corso dell'azione amministrativa può fornire per l'esercizio della sua attività, sarà spinto ad agire come tutore del diritto del privato a partecipare.

11. Le declinazioni della democrazia deliberativa

Passiamo alla terza relazione, quella tra partecipazione nel procedimento amministrativo e democrazia.

La democrazia non ruota soltanto intorno all'aggregazione delle preferenze, ma anche intorno alla loro trasformazione. Questa può avvenire attraverso il dibattito tra tutti coloro che sono interessati alla decisione, o quelli che li rappresentano, e a mezzo della forza degli argomenti offerti da e ai partecipanti³⁶. La democrazia deliberativa potrebbe porre rimedio alla intrinseca debolezza della democrazia cosiddetta rappresentativa. Questa consiste nella delega del potere di decisione ad una oligarchia soggetta a periodiche elezioni.

Tuttavia, se si escludono l'agorà ateniese e poche altre eccezioni, la democrazia deliberativa è un'aspirazione più che una realtà.

La consultazione dei privati da parte dell'amministrazione costituisce però un nucleo intorno al quale possono maturare scelte collettive autenticamente democratiche, che consentono cioè la partecipazione privata alle decisioni pubbliche.

Perché questo possa accadere, vanno superate numerose difficoltà, che abbiamo visto apparire in ogni sistema legale. La prima difficoltà è costituita dalla posizione dell'amministrazione. Se questa è in una posizione superiore, la decisione non è autenticamente collettiva. A questo inconveniente è posto rimedio scindendo l'amministrazione procedente in due: da un lato, l'ufficio che istruisce; dall'altro l'ufficio che decide. La decisione rimane unilaterale, ma è fondata su un dibattito imparziale, condotto da una autorità indipendente.

La seconda difficoltà riguarda lo svolgimento dell'istruttoria. Dall'esame comparativo emergono una versione debole e una versione forte della partecipazione. Nella prima i privati fanno sentire la propria voce ed ottengono i commenti dell'amministrazione. Nella seconda i privati hanno diritto di essere pienamente informati e possono agire in contraddittorio con l'amministrazione e con altri privati.

La terza difficoltà attiene al peso che l'istruttoria in contraddittorio ha sulla decisione. L'amministrazione decidente deve tenerne conto e motivare la decisione sulla base degli elementi raccolti nell'istruttoria. Ma può discostarsene. Dunque, la fase della decisione non si sottrae alle regole del dibattito. Ma si è lontani da una decisione collettiva.

Non va, infine, dimenticato un limite intrinseco della democrazia procedurale, quello che deriva dalla sua frammentazione. Solo alcuni privati possono partecipare ai processi di decisione e questi non riguardano tutta l'amministrazione, ma solo alcune procedure. Per tale motivo, la democrazia procedurale può garantire che alcuni interessi vengano tenuti in conto e che alcune

³⁶ Sulla democrazia deliberativa (o, meglio, dibattimentale) c'è ormai una ricca letteratura. Si veda, in particolare, J. Elster (a cura di), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1998.

decisioni siano meglio accettate, non può sostituire la democrazia rappresentativa, e neppure integrarla, considerata la sua limitata portata³⁷

³⁷ Su questi limiti, C. Gusy, *L'administration entre régulation parlementaire et participation des personnes privées/Un point de vue allemand* e G. Marcou, *L'administration entre contrôle parlementaire et participation des personnes privées/Un point de vue français*, ambedue in « Revue universelle des droits de l'homme », vol. 16, 204, n. 9-12, rispettivamente pp. 248-349 e 361-362.