

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

PREMESSA INTRODUTTIVA

Questo lavoro ha una finalità di rilievo costituzionalistico: quella di individuare e, se del caso, ricostruire uno statuto costituzionale del giusto procedimento.

Si vuole cercare di stabilire, innanzitutto, se il giusto procedimento amministrativo abbia una copertura costituzionale, ossia vada a configurarsi come un principio di diritto costituzionalmente obbligatorio - o, come si suol dire, abbia un “fondamento” costituzionale.

In secondo luogo, ammessa una risposta positiva al primo quesito, si tratta di valutare se il principio abbia un'estensione tale da farlo valere come vincolo generale per la legislazione in tema di attività amministrativa; ovvero, come si tende a propendere in questa sede, se la sua cogenza sia limitata a determinate situazioni e ambiti dell'ordinamento. In tal caso, il principio avrebbe un raggio d'azione che chiameremo settoriale.

Il lavoro è animato, perciò, da un intento di ricostruzione dogmatica del diritto positivo nazionale. Tuttavia, come si vedrà, ciò non fa venir meno l'utilità di un approccio diacronico al tema della legalità e della giustizia nell'amministrazione e anche di alcuni elementi di comparazione.

Questi strumenti forniscono infatti spunti di vivo interesse ai fini della trattazione e della comprensione del fenomeno all'interno dell'ordinamento italiano ed è per questo che vi si dedica spazio nel Capitolo iniziale.

È noto che i più salienti termini di paragone per lo studio del giusto procedimento nella prospettiva del diritto costituzionale promanano dagli ordinamenti anglosassoni, con i principi della *natural justice*, per l'Inghilterra, e del *due process of law* per gli Stati Uniti. È parimenti da rimarcare che, a loro volta, gli istituti di giustizia procedurale anglosassoni affondano le proprie radici nella storia costituzionale medievale fino alla *Magna Charta Libertatum*.

L'universo giuridico premoderno, con particolare riguardo all'esperienza inglese ma con elementi estensibili, ora più, ora meno, agli ordinamenti giuridici coevi, si caratterizza per la centralità della funzione giurisdizionale o, come era conosciuta allora, della *iurisdictio*. Questo dato assume un rilievo tale da connotare la stessa definizione di quel tipo di esperienza giuridica, la quale assume i tratti del c.d. stato giurisdizionale.

Negli ordinamenti medievali, atteso il valore culturale e “costituzionale” del modo di esercitare il potere nelle forme della giustizia, le funzioni amministrative tendono a essere organizzate anch'esse secondo metodi giurisdizionali.

Non tutto però, nel medioevo, può essere attratto nella sfera della giurisdizione, come sappiamo per l'esistenza, oltre che la teorizzazione,

di un'altra istanza di potere, alla prima contrapposta ed esercitata con modalità più autoritarie, che notoriamente prende il nome di *gubernaculum*. Con quest'ultimo, sinteticamente, si intende quell'ambito di potestà pubblica spettante al re come supremo garante della sicurezza e della difesa. Esso contende spazio alla *iurisdictio* e ai metodi giustiziali con cui questa è esercitata.

Dove sia il confine tra l'una e l'altra manifestazione dell'autorità lo stabilisce, almeno per l'esperienza inglese, l'art. 39 della *Magna Charta Libertatum*. Secondo il suo disposto, le forme giurisdizionali, così come individuate dalle consuetudini del regno, sono "costituzionalmente" inderogabili – ove il riferimento alla costituzione è usato in termini descrittivi, trattandosi di esperienze premoderne - quando il potere vada ad attentare alla libertà e agli averi di un uomo libero.

Con ciò è marcata, già in epoca remota, una visione sostanziale e, allo stesso tempo, selettiva, delle garanzie di giustizia e legalità nell'esercizio del potere, giacché il metodo della *iurisdictio* non gode di copertura universale. Lo svolgimento di potestà pubbliche nelle forme della giustizia è infatti preteso dalla *Magna Charta* in presenza di alcuni beni fondamentali.

I principi di giustizia procedurale degli ordinamenti anglosassoni conservano una linea di continuità con gli istituti premoderni ed esprimono, dunque, una cultura giuridica di stampo giustiziale, per la quale il potere pubblico, quando agisce, deve farlo con i metodi e le garanzie proprie della giustizia. Di qui la stretta connessione tra giusto processo e giusto procedimento, in quanto i principi dell'agire amministrativo vengono conformati e assorbiti nell'ambito di un universo giuridico tendente alla giurisdizionalizzazione del potere.

Tutto ciò ha un rilievo costituzionalistico in quanto inerisce alla strutturazione delle potestà pubbliche, alle loro finalità e, non ultimo, al rapporto tra autorità e libertà del cittadino. Ciò non deve però portare ad affermare che, oltre alla portata "genericamente" costituzionalistica, gli istituti di giustizia procedurale del diritto anglosassone abbiano sempre rango costituzionale. Se si guarda al *due process of law* – il principio che forse più degli altri ha ereditato i contenuti e lo spirito dell'art. 39 della *Magna Charta* - si vede come la garanzia della giustizia abbia tenore precisamente costituzionale solo quando il potere impatta su alcuni diritti inviolabili, cioè la vita, la proprietà e la libertà (cfr. em. V e XIV Cost. USA). Non, quindi, una tutela costituzionale generale, bensì settoriale. Non è sancito, all'infuori dei casi suddetti, un principio costituzionale universale di giustizia procedurale.

Dunque, a livello costituzionale, i principi di legalità e di giustizia non immettono necessariamente a garanzie intrinseche e generali rispetto all'esercizio del potere, bensì esterne e circoscritte; tipiche, cioè, di una forma di stato contraddistinta da un'ideologia squisitamente liberale, che concentra il momento di più eminente tutela giuridica nel luogo in cui il potere incontra determinati diritti dell'individuo.

In ogni caso, nelle stesse esperienze anglosassoni, le forme giurisdizionali, sia pure con un percorso non sempre lineare, sono state estese anche all'azione amministrativa, cosicché pure quest'ultima è coperta

dalle tutele del *due process*, per gli Stati Uniti, e della *natural justice* per l'Inghilterra. In entrambi gli ordinamenti, alcuni degli elementi del giusto processo – *in primis* la partecipazione dell'interessato – contribuiscono a modellare l'azione dei pubblici poteri che porti a incidere sui diritti individuali.

In particolare per gli Stati Uniti - ordinamento a costituzione rigida – anche il giusto procedimento ha rango costituzionale, sempre quando sono in gioco i diritti alla vita, alla libertà e alla proprietà. Il più concreto rilievo del *due process* nell'azione amministrativa è comunque da attribuire al diritto di proprietà. La libertà personale e la vita sono beni per i quali è più difficile che l'amministrazione sia dotata di poteri decisivi, essendo tradizionale competenza della giurisdizione.

Tanto gli ordinamenti anglosassoni, e quello statunitense *in primis*, si pongono in linea di continuità con i principi di giustizia procedurale propri dell'esperienza premoderna, quanto gli ordinamenti dell'Europa continentale se ne distaccano in maniera netta.

In contrapposizione ai primi, lo stato di amministrazione continentale, il quale matura lungo il XIX secolo in Francia, Germania e, per quel che ci riguarda, in Italia, si contraddistingue per l'edificazione del potere amministrativo come struttura portante della statualità, autonoma dal potere giudiziario e dalle sue modalità di esercizio. Il suo agire non è ispirato, dunque, alle regole della giustizia procedurale – a differenza del modello anglosassone – e, invero, non conosce istituti generali volti a garantire il privato prima che la determinazione della sua autorità trovi espressione ed effetti sulla sfera giuridica dei singoli. È un modello costituzionale dell'amministrazione incentrato, come si sa, sull'atto amministrativo, momento di estrinsecazione della potestà pubblica, mentre il profilo della garanzia giuridica è confinato a un sindacato giurisdizionale che ha carattere successivo e oppositivo rispetto allo stesso atto amministrativo.

A livello teorico, il costruito che esemplifica gli assetti autoritari dello stato di amministrazione è quello della personalità giuridica dello stato, che è per lo più l'entificazione degli stessi apparati amministrativi. Il rapporto tra lo stato-persona e l'atto amministrativo è mediato non da un procedimento, bensì dalla volontà dello stato stesso – quasi che fosse una persona fisica – secondo una costruzione soggettivistica e volontaristica del fenomeno giuridico che rende non conoscibili i processi di produzione che avvengono al suo interno. L'atto amministrativo è frutto della volontà dello stato, secondo la sequenza stato persona-volontà-atto. Manca, a riempire di forme giuridiche lo spazio ricoperto dalla volontà sovrana, un procedimento garantito e disciplinato che trasporti i principi di legalità e giustizia da fuori a dentro la cittadella degli *interna corporis* dello stato-persona. In questo modo, invece, il momento della legalità e della giustizia risiedono all'esterno, ossia nell'impugnazione dell'atto amministrativo.

L'ordinamento italiano è un esempio di questo modo di concepire il potere amministrativo come funzione che si estrinseca nell'atto e che lascia più in ombra il procedimento. Ciò lo si vede nelle vicende che hanno contraddistinto l'art. 3 dell'all. E della legge del 1865 n. 2248, che aboli-

sce il contenzioso amministrativo. L'art. 3¹, che introduceva novità potenzialmente interessanti in tema di partecipazione al procedimento, fu di fatto soggetto a un'interpretazione prettamente riduttiva se non abrogatrice, come si avrà modo di ricordare nella trattazione. In tal modo, il giudizio del Consiglio di stato restò confinato all'atto amministrativo e non poté estendersi pienamente entro la sfera dell'attività interna. La cognizione di questa s'imbatteva infatti in un *deficit* di giuridicità per l'assenza di una disciplina del procedimento e dei relativi diritti di partecipazione.

Quanto alla Costituzione italiana, essa risente, anzitutto, del retaggio autoritario dello stato amministrativo di fine Ottocento. Il Costituente recepisce il sistema di giustizia nell'amministrazione ereditato dal passato e una postura del rapporto tra autorità e libertà che è imperniata sull'atto amministrativo e sulla sua impugnazione, di fatto lasciando da parte, e rinviandolo al legislatore, il tema della partecipazione al procedimento amministrativo.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha fatto sostanzialmente propria questa impostazione, più e più volte dichiarando che il giusto procedimento non è materia costituzionale.

Tuttavia, le tutele della giustizia procedimentale sono state in qualche modo recuperate, innanzitutto, attraverso la qualificazione del giusto procedimento come principio generale dell'ordinamento legislativo. Con ciò la Corte costituzionale, al netto della mancata costituzionalizzazione, ha comunque evidenziato una certa sensibilità per i postulati dello stato di diritto che il giusto procedimento era comunque capace di evocare. Come si vedrà, ne sono derivati effetti apprezzabili, come ad es. l'utilizzo del giusto procedimento, in quanto principio generale, come *tertium comparationis* rispetto a discipline di settore derogatorie. Questa tecnica, in certi casi, ha portato quasi a una sorta di costituzionalizzazione indiretta del giusto procedimento mediante il ricorso al parametro generale dell'art. 3 Cost. e al principio di eguaglianza.

In secondo luogo, e soprattutto, l'ipoteca autoritaria dello stato di amministrazione sull'ordinamento repubblicano italiano ha dovuto fare i conti con il sistema democratico disegnato nella I Parte della Costituzione, dove risiedono le tutele dei diritti fondamentali – mentre più in ombra sono rimaste per decenni, sempre in relazione alla costituzionalità delle tutele procedurali, le disposizioni generali in materia di amministrazione pubblica di cui agli artt. 97 e 98 Cost.

Così, con una qualche assonanza rispetto ai sistemi di *common law*, il giusto procedimento è stato recuperato come principio di rango costitu-

¹ Cfr. art. 3, all. E, l. n. 2248/1865: «Gli affari non compresi nell'articolo precedente [in quelli demandati alla giurisdizione] saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti. Contro tali decreti, che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative».

zionale in alcuni settori dell'ordinamento, specie laddove erano in gioco i diritti fondamentali dei cittadini. La vicenda riguarda ad es., e *in primis*, il campo dei provvedimenti disciplinari in materia di pubblico impiego, laddove, all'evidenza, viene in rilievo il bene costituzionale fondamentale del lavoro o, in certi casi, anche quello della libertà personale, come nel caso dell'ordinamento militare. Più sfumata invece, per stabilire un paragone, la tutela procedimentale tradizionalmente riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale al diritto di proprietà, ciò che si spiega con la problematicità che contraddistingue la posizione dominante nel sistema costituzionale e che ha portato buona parte della dottrina, in passato, a non annoverarla tra i diritti propriamente fondamentali.

La giurisprudenza citata, pur ammettendo il giusto procedimento in alcune fattispecie, non ne fa mai un principio di rango costituzionale valevole per l'universalità della funzione amministrativa. Esso vale, bensì, come principio costituzionale laddove il potere incide su determinati diritti. Con ciò, si può ritenere che la giurisprudenza costituzionale abbia in qualche modo riecheggiato quella propensione sostanziale e selettiva dei principi di legalità e giustizia che ispira il sistema del *due process of law*.

Non un principio valevole obbiettivamente per l'azione amministrativa, dunque, ma la risultante procedimentale del peso costituzionale dei diritti, fattori esterni al potere amministrativo che vengono interessati dal suo esercizio.

Le situazioni specificamente tutelate nelle due rispettive esperienze sono evidentemente differenti. È intuibile infatti, vista la diversa cifra anagrafica fra le due Carte costituzionali, come il bene proprietà sia centrale nel sistema del *due process* statunitense, mentre nella Costituzione italiana spicca assai di più la protezione del lavoro nell'ambito del procedimento disciplinare nel pubblico impiego, ovvero in vicende sanzionatorie che toccano il diritto di esercizio di una professione e altre fattispecie analoghe – benché, come si vedrà nel testo, quella del procedimento disciplinare e del diritto al lavoro non sia l'unica tipologia interessata dalla giurisprudenza costituzionale.

Si rinviengono dunque, contemporaneamente, un aspetto che possiamo genericamente definire “positivo”, cioè la tutela costituzionale del giusto procedimento almeno in alcuni casi; e un profilo “negativo”, cioè il carattere settoriale della predetta tutela e, in ogni caso, la negazione del giusto procedimento come principio costituzionale avente carattere generale.

Quindi, sia nelle esperienze che più si rifanno allo stato giurisdizionale, sia nel sistema costituzionale italiano – con l'ispirazione democratica che si rinviene soprattutto nella Parte I della Costituzione – non sembra emergere una postura costituzionale della legalità e della giustizia come qualità intrinseche al potere amministrativo nell'obbiettività del suo esercizio, bensì come la risultante della collocazione e del peso di alcuni diritti nei rispettivi ordinamenti costituzionali.

A fronte di questi consolidati assetti normativi e giurisprudenziali, la legge n. 241 del 1990 presenta indubbie novità.

Venuta in essere al termine di un lungo dibattito dottrinale, essa legge conferisce all'amministrazione caratteri di maggiore obbiettività. L'a-

zione amministrativa cessa infatti di essere la “cinghia di trasmissione” della volontà unilaterale dello stato persona e di un interesse pubblico precostituito in sede istituzionale, per assumere una posizione “ordinamentale”. Nelle nuove dinamiche, la partecipazione procedimentale ha un ruolo fondante, in quanto consente l’apertura agli interessi privati e, in tal modo, impone un agire amministrativo ispirato a criteri di imparzialità.

Ci si è chiesti in dottrina se non si fosse ormai giunti, con la legge generale sul procedimento amministrativo, non solo alla codificazione di una normativa organica di rango legislativo, ma anche alla definitiva affermazione di un principio costituzionale. La legge avrebbe innescato infatti un’interpretazione evolutiva degli enunciati della Carta, *in primis*, naturalmente, di quelli dell’art. 97 Cost. È stata così argomentata una valenza materialmente costituzionale della legge n. 241, in grado di porsi come sviluppo della Costituzione e, contestualmente, di indirizzarne l’esegesi. La questione è densa di problematicità.

Senza qui voler anticipare troppo lo svolgimento della trattazione, può dirsi che la legge n. 241 del 1990 ha costituito il punto di appoggio per un avvicinamento del principio del giusto procedimento verso la soglia della costituzionalità, anche se tale processo non può dirsi concluso.

L’acquisizione di valore del principio si è realizzata in particolar modo nella giurisprudenza sullo *spoils system*. Questa infatti, sotto alcuni profili, sembra animata dall’intento di affermare il rango costituzionale del giusto procedimento a livello generale. Tuttavia, in altri settori, non mancano pronunce coeve in cui l’assunto della portata generale è ancora smentito. Inoltre, questa convinta affermazione della costituzionalità del giusto procedimento sembra per ora limitata alla giurisprudenza sullo *spoils system*; quasi che questa stessa materia rappresentasse anch’essa niente più che un settore cui è estesa la valenza, ancora non universale, del principio.

Non si può tuttavia disconoscere che, nel percorrere il suo tortuoso sentiero, il giusto procedimento abbia fatto almeno un pezzo di strada.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKL**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro



CEDAM

IPSOA

UTET
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX