

Luisa Torchia

Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*

Sommario

- 1. La natura della relazione fra partecipazione e imparzialità*
- 2. Le garanzie partecipative e il procedimento amministrativo*
- 3. Il “lato oscuro” delle garanzie partecipative e la trasfigurazione del procedimento amministrativo*
- 4. Il principio di imparzialità e l’interesse ad una buona decisione*
- 5. Conclusioni*

*Testo della relazione svolta al convegno su “*Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*”, Milano 13 novembre 2018.

1. La natura della relazione fra partecipazione e imparzialità

C'è una relazione tra le garanzie partecipative e le decisioni amministrative imparziali? E quali sono la natura e la dimensione di questa relazione? Per rispondere a questa domanda esaminerò prima l'esperienza e la disciplina delle garanzie partecipative, poi il modo in cui il principio di imparzialità si atteggia oggi nel nostro ordinamento. Cercherò di verificare, così, se quella relazione abbia natura strumentale o costitutiva e se, quanto alla dimensione, sia una relazione esaustiva o, invece, parziale. La questione di fondo da affrontare è, infatti, se sia sufficiente la previsione di garanzie partecipative ad assicurare una decisione imparziale, e se, di converso, il principio di imparzialità si esaurisca o coincida con il ricorso alle garanzie partecipative.

Occorre allora esaminare partitamente i due termini – le garanzie partecipative e l'imparzialità – e i loro sviluppi più recenti, per poi individuare come si atteggino le connessioni fra di essi.

2. Le garanzie partecipative e il procedimento amministrativo

Le garanzie partecipative nascono, in origine, come un diritto, sia pur circoscritto, di difesa e di contraddittorio, riferito fondamentalmente all'attività amministrativa autoritativa. Sin dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo si è previsto che "*le autorità provvedono con decreto motivato, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate*" (art. 3, co. 1, legge n. 2248/1865, all. E). La stessa regola si trova nella legge sull'espropriazione del 1865, che prevedeva – dando origine ad una tradizione giunta sino ad oggi - che chiunque poteva prendere visione degli atti ed elaborare osservazioni nel corso del procedimento per la dichiarazione di pubblica utilità.

Naturalmente questo è un nucleo iniziale, che si articola e si amplia sempre di più, via via che l'attività amministrativa per un verso si espande e si articola in sempre maggiori funzioni, non più riconducibili solo alla dicotomia autorità/libertà e non più solo di natura autoritativa e, per altro verso, si procedimentalizza quanto all'esercizio e diventa corale, perché la molteplicità di interessi pubblici e di amministrazioni pubbliche chiamate a curarli richiede una

complessa ponderazione e non più solo un confronto fra interesse pubblico e diritti privati. Gli interessi pubblici non sono necessariamente armonici, anzi possono essere fra loro confliggenti e gli interessi privati mutano di dimensione, potendo essere sia individuali sia collettivi.

Il quadro di riferimento complessivo muta, così, radicalmente. Il procedimento diventa lo strumento di formazione della volontà pubblica, secondo una nota definizione di M.S. Giannini¹, e qualsiasi decisione amministrativa presuppone un procedimento, in quanto decisione presa da un'organizzazione. La volontà dell'amministrazione è, peraltro, la volontà di un'organizzazione che si caratterizza per essere dotata di una specifica sfera di competenza e per poter esercitare i suoi compiti esclusivamente entro quella sfera.

Le garanzie partecipative si inseriscono nel procedimento – inteso appunto come strumento di produzione della decisione - come un intervento del privato connesso alla formazione della volontà amministrativa. Questo intervento può avere, secondo una classificazione che Sabino Cassese² ha definito negli anni '70 e che è stata fondamentale confermata dalla legge sul procedimento, una triplice funzione: a. una funzione di difesa, appunto in funzione di garanzia dell'interesse privato; b. una funzione di collaborazione, portatrice di un contributo all'efficienza dell'azione amministrativa e alla corretta rappresentazione degli interessi sui quali quell'attività deve incidere; c. una funzione di partecipazione, che rende la decisione condivisa.

L'intervento del privato nel procedimento non è, quindi, finalizzato esclusivamente al diritto di difesa, ma è connesso anche all'efficienza dell'amministrazione e alla condivisione della decisione amministrativa. Questa possibile triplice funzione contribuisce a porre l'intervento del privato allo snodo fra i diversi poteri: di volta in volta la giustizia, l'amministrazione, la deliberazione democratica. La complessa e cangiante relazione fra questi poteri e

¹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, p. 550.

² S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, Modena, 1971.

le loro diverse dimensioni nell'esperienza concreta si riflette, attraverso l'intervento del privato, nel procedimento amministrativo.

Questo assetto ha trovato conferma nella disciplina dettata con la legge 241 del 1990 sul procedimento. La legge generalizza il principio di partecipazione oltre le specifiche previsioni settoriali già al tempo esistenti - ad esempio con riferimento ai procedimenti espropriativi o ai procedimenti sanzionatori - estendendola a tutta l'attività procedimentalizzata³.

Non c'è, però, una connessione necessaria fra la funzione dell'intervento del privato (difesa, collaborazione e partecipazione) e la struttura del procedimento, perché funzione e struttura variano indipendentemente l'una dall'altra. Procedimenti diversi possono avere la stessa funzione e, di converso, funzioni diverse possono essere assolte con procedimenti aventi la medesima struttura. Non è quindi possibile stabilire una connessione biunivoca tra tipo di procedimento e tipo di intervento del privato o di garanzia partecipativa.

Al contrario, la posizione del privato si presenta in modo diverso nei diversi procedimenti, sia sotto il profilo funzionale - ad esempio, muta il ruolo che il privato può assumere nella fase istruttoria - sia sotto il profilo strutturale, perché si amplia la platea dei privati interessati all'esercizio dell'attività amministrativa. Al soggetto interessato in quanto destinatario del provvedimento si affiancano non solo il controinteressato - che si oppone all'adozione del provvedimento - ma anche i portatori di interessi collettivi o diffusi che sono o possono essere in qualche misura incisi dal provvedimento. La partecipazione del "pubblico" - composto da soggetti privati - è ormai occorrenza comune non solo nei procedimenti per i quali sia previsto il dibattito pubblico, ma nella maggior parte dei procedimenti complessi, specie quando vengono in gioco decisioni relative alle materie della gestione del territorio o dell'ambiente⁴.

³ M. Ramajoli, L'intervento nel procedimento, in Codice dell'azione amministrativa, a cura di M.A. Sandulli, II ed., Milano, 2017, p. 598 ss; A. Sandulli, Il procedimento, in Trattato di diritto amministrativo a cura di S. Cassese, Milano, 2003, tomo II, p. 1137 ss.

⁴ S. Cassese, La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato, in Riv. trim. dir. pubbl., 2017, p. 13 ss.; M. Cocconi, La partecipazione all'attività amministrativa generale, Padova, 2010; M. D'Alberti, La "visione" e la

Per quanto qui rileva, la conseguenza è che, in ragione della molteplicità degli interessi pubblici da una parte e degli interessi privati dall'altra, non è possibile stabilire una connessione univoca fra tipi di procedimenti e tipi di interventi del privato. Quella connessione e la sua caratterizzazione funzionale vanno quindi indagate volta per volta, non in astratto, ma in riferimento alla fattispecie concreta⁵.

Fatta questa avvertenza sul piano metodologico, si possono però sicuramente individuare casi in cui prevale un certo tipo di intervento del privato o di garanzia partecipativa.

Nei procedimenti sanzionatori, ad esempio, prevale l'intervento in funzione di difesa, perché l'obiettivo del procedimento è di irrogare una punizione e il privato è quindi, naturalmente verrebbe da dire, in una posizione di difesa: il diritto di difesa in questi casi segue il modello della garanzia di tipo processuale e presenta alcuni tratti tipici del diritto di difesa nel processo giurisdizionale.

Per fare qualche altro esempio: nei procedimenti precettivi prevale la funzione di partecipazione, mentre nei procedimenti di regolazione prevale la funzione di collaborazione, perché gli operatori contribuiscono a fornire all'autorità di regolazione una prospettazione degli elementi rilevanti, dei fatti e delle informazioni di cui l'autorità non necessariamente dispone pienamente e autonomamente⁶.

Il fatto che non ci sia una connessione univoca fra struttura del procedimento e tipo di intervento del privato, insieme alla contestuale generalizzazione delle garanzie partecipative, fa sì che dalla legge sul procedimento amministrativo emerga un modello misto di procedimento, come del resto accade ormai nella maggior parte degli ordinamenti.

“voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi, in Riv. trim. dir. pubbl. 2000, p. 1 ss..

⁵ V. in proposito l'interessante indagine di B.L. Boschetti, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, Pisa, 2018, che rileva tra l'altro lo sdoppiamento fra garanzie partecipative dei destinatari del provvedimento e garanzie partecipative del pubblico (p. 220).

⁶ M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 189 ss.

Anche nei due paesi - Stati Uniti e Austria - nei quali sono emersi i due modelli principali di procedimento, gli elementi di commistione prevalgono ormai sull'originaria impostazione. Nel modello americano, originariamente disegnato sul processo politico e quindi fondamentalmente finalizzato ad assicurare la rappresentanza d'interessi, sono stati inseriti strumenti di *adjudication*, quindi di attività che nei nostri termini si può definire paragiurisdizionale. Nel modello austriaco, disegnato sul processo giurisdizionale e quindi finalizzato a configurare l'amministrazione come un'autorità terza, che prende le sue decisioni in base alla prospettazione delle parti, sono stati invece inseriti strumenti volti a garantire la partecipazione e la collaborazione dei privati alla decisione amministrativa.

Il modello misto dunque oggi prevale, perché la decisione amministrativa non è mai tanto libera quanto la decisione politica, e mai tanto terza quanto la decisione del giudice. Questo modello è ben rappresentato dall'art. 29 della legge n. 241/1990⁷, nel quale è stato inserito un comma 2 bis con il quale l'obbligo per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento attiene ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, attribuendo così una dimensione e una valenza costituzionale alla partecipazione al procedimento amministrativo.

L'approdo costituzionale corona un processo di evoluzione delle garanzie partecipative e ne sostanzia la generalizzazione rispetto al procedimento amministrativo, di modo che la volontà dell'amministrazione non si forma più unilateralmente e nelle chiuse stanze del potere, ma con il contributo dei privati e alla luce del sole.

L'enfasi che la riflessione scientifica ordinariamente pone su questa positiva espansione dei diritti e conseguente legittimazione e democratizzazione dell'attività amministrativa, pur condivisibile in termini generali, finisce però a volte per trascurare o nascondere quello che, con altrettanta enfasi e per amore di provocazione, si potrebbe definire il "lato oscuro" delle garanzie partecipative.

⁷ L'art. 29, comma 2 bis dispone che "attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento".

3. Il “lato oscuro” delle garanzie partecipative e la trasfigurazione del procedimento amministrativo

Questo lato oscuro emerge quando si esamina più da vicino l'esperienza, che mostra come, ad esempio, la partecipazione non sia uguale per tutti. La partecipazione costa, richiede risorse finanziarie e tecniche, capacità ed *expertise*, tempo. Per gli interessi forti, che dispongono di queste risorse e possono sostenerne i costi, la partecipazione è più facile ed agevole rispetto agli interessi diffusi o singoli, per i quali i costi possono essere un ostacolo insormontabile. Le garanzie partecipative non sono quindi un diritto garantito a tutti nella stessa misura e ci sono interessi che prevalgono e interessi che soccombono non in ragione del merito, ma in ragione della disponibilità di risorse.

La stessa partecipazione può essere utilizzata, poi, per fini diversi: per contribuire alla decisione, ma anche per bloccarla e dilazionarla, con un uso strumentale delle garanzie che, almeno in parte, ne distorce e ne tradisce la natura. La relazione inversa fra partecipazione e tempestività viene così sfruttata a fini impeditivi, ponendo una ulteriore esigenza di ponderazione fra la necessità che la decisione sia tempestiva e la necessità che essa sia partecipata, non potendo la decisione prescindere dalla partecipazione, ma non potendo, a sua volta, la partecipazione porre nel nulla la capacità di scelta.

Il “lato oscuro” delle garanzie partecipative richiederebbe, quindi, misure correttive, anche per evitare il rischio di delegittimare la partecipazione e di diffonderne una percezione quale strumento di conservazione dell'esistente, di opposizione al cambiamento e di difesa di privilegi. Non convince, quindi, la strada di segno opposto seguita da almeno parte della dottrina e della giurisprudenza, lungo la quale si cerca e si sostiene un'assimilazione sempre più spinta fra procedimento e processo. Si tende, così, a ricostruire il procedimento come una forma di giurisdizionalizzazione dell'attività amministrativa,

trascurando o minimizzando le significative differenze fra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, che pure non mancano⁸.

Il processo ha regole omogenee e unitarie, mentre i procedimenti sono poliformici. Il processo è retto e strutturato dal principio della parità delle parti, principio che non può certo essere trapiantato tal quale nel procedimento amministrativo, visto che l'amministrazione è essa stessa parte. Il giudice è vincolato dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, mentre la pubblica amministrazione può ampliare l'oggetto del procedimento e spesso lo fa proprio su istanza di parte. L'accertamento dei fatti e la rappresentazione degli interessi nel processo sono rigidamente disciplinati, mentre nel procedimento è consentita maggiore libertà ed elasticità. L'esito del processo si trova sempre in una sentenza, mentre l'esito del procedimento può essere un provvedimento, o un negozio, o ancora, in alcuni casi addirittura un silenzio, cioè un atto di inerzia giuridicamente qualificato⁹.

L'assimilazione fra procedimento e processo produce anche una sorta di impoverimento della partecipazione, che perderebbe, appunto, la sua funzione collaborativa, raffigurata come del tutto secondaria, ma consisterebbe in un'anticipazione dell'esercizio del diritto di difesa, consentendo al privato di anticipare, appunto, in sede procedimentale, le difese che svolgerà poi – inevitabilmente, verrebbe da dire – nel processo che lo vedrà contrapposto all'amministrazione¹⁰.

⁸ V., ad esempio, P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo. Tra procedimento e processo*, Giappichelli, 2018; L.R. Perfetti, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 57 ss.; con diversa impostazione, A. Massera (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007; G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, Padova, 2011; per una ricostruzione basata sulla distinzione degli aspetti funzionali e degli aspetti strutturali del procedimento e del processo v. F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

⁹ Per l'esame della giurisprudenza in ordine al rapporto fra partecipazione procedimentale e legittimazione processuale v. M. Ramajoli, *L'intervento nel procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 605 ss.;

¹⁰ Esplicitamente in questo senso P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo. Tra procedimento e processo*, cit., passim.

I caratteri di rigidità e formalismo tipici del processo vengono così sovrapposti al procedimento, con conseguenze che a volte finiscono per limitare proprio quel diritto di difesa sul quale si vorrebbe incentrare tutta intera la situazione giuridica del privato. Per fare solo un esempio: quando la procedura tiene luogo del processo, come avviene ad esempio in Francia nel *debat public*, l'esercizio del diritto di partecipazione nel procedimento neutralizza, poi, la possibilità di impugnare l'atto finale¹¹. O, ancora, la pur tormentata applicazione del principio "*ne bis in idem*" da parte delle corti nazionali e sovranazionali in materia di sanzioni delle autorità indipendenti – Consob e Banca d'Italia in particolare – porta a configurare la partecipazione nel procedimento sanzionatorio come equivalente alla garanzia di tutela giurisdizionale e quindi sostitutiva di essa, una volta che nel procedimento siano trapiantati il principio di separazione fra ufficio titolare dell'istruttoria e ufficio titolare della decisione e che di fronte a quest'ultimo sia prevista una difesa sia scritta, sia orale¹².

L'aspetto più problematico di questa impostazione, oltre ai possibili effetti indesiderati appena segnalati, sta però nel fatto che, enfatizzando troppo la funzione garantista della partecipazione, si finisce per concepire il procedimento come strumento solo di garanzia e non quale strumento di decisione, di effettività dell'azione amministrativa, di deliberazione democratica. Il ruolo dell'amministrazione non può, però, essere ridotto e spiegato, come quello del giudice, solo in termini di terzietà rispetto alle parti, perché l'amministrazione è sempre necessariamente anch'essa parte, chiamata a curare l'interesse pubblico. E proprio gli interessi pubblici sono tanti e diversi, come gli interessi privati, il procedimento è uno strumento di composizione, che consente l'esercizio di competenze distribuite fra diversi soggetti e, oggi sempre di più, anche fra l'ordinamento nazionale, l'ordinamento europeo, l'ordinamento globale¹³.

¹¹ A. Averardi, La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del «dibattito pubblico», in *Munus*, n. 1, 2018, p. 129 ss.

¹² V. la precisa ricostruzione di E. Bindi, A. Pisaneschi, Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Torino, 2018.

¹³ S. Battini, The Crab of Chuan-tzu: the Regulation of Italian Administrative Procedure in a Global and Comparative Perspective, in Cassese, Mehde, Harlow, Gonod,

Il procedimento non è dunque solo la sede in cui si esercitano le garanzie partecipative, ma anche e piuttosto lo strumento mediante il quale si trova la giusta – o almeno la migliore possibile nelle circostanze date – composizione degli interessi coinvolti dalla decisione amministrativa da prendere.

4. Il principio di imparzialità e l'interesse ad una buona decisione

L'imparzialità dell'amministrazione è condizione sia interna, sia esterna, della legittimità dell'attività amministrativa. L'imparzialità interna, vale a dire il fatto che il funzionario opera in assenza di conflitti d'interesse o di posizioni a qualsiasi titolo pregiudiziali è condizione di imparzialità esterna. Sotto questo profilo, la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa è di per sé una garanzia, perché consente che la decisione sia presa da un'organizzazione individuata, entro la sfera di competenza di cui quell'organizzazione dispone, senza interferenze o influenze indebite, ivi compresa l'influenza della politica sull'amministrazione che vada oltre la funzione di indirizzo politico prevista dalla Costituzione.

Il principio del giusto procedimento – spesso richiamato anche dalle corti sovranazionali - può dunque essere riconnesso direttamente all'art. 97 della Costituzione sia quanto al parametro dell'imparzialità, sia quanto al parametro del buon andamento, anche se la giurisprudenza costituzionale tende a richiamarlo soprattutto per i procedimenti che impongono un limite all'attività dei privati o determinano una riduzione della loro sfera soggettiva¹⁴. Il giusto procedimento non esaurisce, dunque, la funzione della partecipazione, che ha natura mista di garanzia e di collaborazione.

Nella giurisprudenza amministrativa, invece, l'imparzialità viene configurata innanzitutto come garanzia di parità di trattamento e, quindi, come un

Pereira Da Silva, Battini, Jurgens, Duarte, Functions and purposes of the administrative procedure: new problems and new solutions, Lisbon, Institute for Legal and Political Science, 2011, p. 84; A. Carbone, Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale, Torino, 2016.

¹⁴ P. Lazzara, L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale, in AA.VV., Diritto amministrativo e Corte costituzionale, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 439.

dovere negativo per la pubblica amministrazione di non discriminare o trattare diversamente posizioni identiche. Questo dovere negativo si realizza anche tramite il principio di completezza dell'istruttoria, con l'obbligo, questa volta positivo, per l'amministrazione di considerare tutte le situazioni in gioco e tutte le opzioni possibili. L'intervento del privato serve così a garantire, da una parte, la possibilità di verificare che egli non sia stato discriminato, dall'altra che l'istruttoria sia completa, siano stati raccolti tutti gli elementi, siano stati valutati tutti i fatti rilevanti e siano stati rappresentati tutti gli interessi coinvolti.

L'interazione fra il principio di non discriminazione e il principio di completezza dell'istruttoria è forse sufficiente ad assicurare il rispetto del principio di imparzialità¹⁵, ma non esaurisce, invece, i doveri e gli obblighi dell'amministrazione. L'esercizio del potere decisionale dell'amministrazione non è soggetto, infatti, soltanto al principio di imparzialità, ma anche alle esigenze di tempestività, di proporzionalità, di ragionevolezza e, sempre più di frequente, anche di sostenibilità. La decisione amministrativa è un prisma che non può limitarsi ad assicurare l'imparzialità fra le parti, ma deve condurre ad un risultato utile, che corrisponda alla migliore cura degli interessi pubblici che all'amministrazione sono affidati.

Così come non ci si può accontentare della garanzia a fini di difesa nel procedimento, così non ci si può accontentare del rispetto dell'imparzialità nella decisione amministrativa. Il rispetto dell'imparzialità garantisce che la decisione non sia arbitraria o ingiusta: non è poco, ma non è tutto. E, soprattutto, sul piano della riflessione scientifica come dell'esperienza giuridica, bisogna evitare che l'enfasi sulla imparzialità finisca per oscurare o tentare di sterilizzare il rapporto, sempre necessario e ineludibile, fra amministrazione e interessi (pubblici e

¹⁵ Per l'impostazione che configura le garanzie procedurali sono in funzione dell'imparzialità v. U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; con specifico riferimento ai rapporti tra politica e amministrazione v. G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003; sugli sviluppi più recenti e con diversa impostazione v. A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018.

privati)¹⁶. Si tratta di una tendenza – anzi, di una deriva – che va rafforzandosi nel nostro ordinamento, perché la presenza degli interessi viene percepita e qualificata come sintomo e sinonimo di corruzione, di influenza indebita, di scambi oscuri, di sottomissione del fine pubblico all’interesse privato. Si tratta, però, di una impostazione ideologica che non solo trasfigura – per usare un linguaggio gianniniano - le disfunzioni in invarianti, ma è destinata a fallire perché gli interessi sono un elemento fattuale che non può essere cancellato o ignorato e l’amministrazione non può operare secondo la *fiction* per cui esisterebbe un ordinamento imparziale, nel quale ciascun interesse trova il suo posto secondo un’armonia prestabilita da un invisibile orologiaio e l’interesse pubblico coincide interamente con il rispetto del principio di imparzialità.

Secondo questa prospettiva, l’interesse privato si deve accontentare della garanzia della difesa e del contraddittorio e l’amministrazione ha il solo dovere di consentire a tutti di esprimersi, oppure deve addirittura esimersi dalla scelta, come accade in tutti i casi in cui le norme la obbligano ad attivare meccanismi automatici (per fare qualche esempio: la rotazione nella scelta dei fornitori, il sorteggio nella scelta dei commissari, gli scorrimenti delle graduatorie, e così via).

Nella realtà, però, da una parte l’interesse pubblico è ben più variegato e ricco e non può essere ridotto al rispetto dell’imparzialità, mentre, per altro verso, per il privato la partecipazione è uno strumento e non un fine, perché il fine è ottenere la soddisfazione del suo diritto ad un bene o comunque ad una utilità che non può ottenere se non passando per la scelta dell’amministrazione.

Come ha ricordato di recente Marco Cammelli¹⁷, le garanzie non possono tenere luogo del potere ben esercitato, né il diritto di difesa può sostituire il buon funzionamento dell’amministrazione.

¹⁶ V., ad esempio, F. Merloni, F. Merloni, Le misure amministrative di contrasto alla corruzione, in *Astrid Rassegna*, n. 18, 2013, pp. 21-22, secondo il quale “anche la definizione degli atti di indirizzi destinati ad orientare l’azione amministrativa, deve essere imparziale”.

¹⁷ M. Cammelli, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, a cura di L. Torchia, Il Mulino, 2016, p. 82.

Al contrario, ignorare la reale consistenza e dimensione degli interessi reali e pretendere che l'amministrazione non abbia con essi alcuna interazione porta a negare la capacità di scelta dell'amministrazione, con la conseguenza che si abbandona la via maestra del procedimento quale sede di decisione e si imboccano via laterali più pericolose e oscure, lungo le quali la realtà consuma la sua vendetta sull'ideologia.

5. Conclusioni

E' ora di tornare all'interrogativo posto all'inizio: quali sono la natura e la dimensione della relazione fra garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali?

La natura è strumentale e non costitutiva. Le garanzie sono strumentali a una decisione imparziale, ma non sono costitutive di quella imparzialità, non sono sufficienti a garantire una decisione imparziale perché, ad esempio, il principio di completezza dell'istruttoria obbliga l'amministrazione a raccogliere tutti i dati e non a fermarsi alle informazioni che gli interessati le sottopongono.

La dimensione, a sua volta, non è esaustiva perché né l'imparzialità esaurisce l'effetto degli interventi dei privati, né gli interventi dei privati sono solo diretti a garantire l'imparzialità. Dopo l'imparzialità c'è di più, si potrebbe dire: c'è la capacità di scelta dell'amministrazione. L'esercizio della capacità di scelta non può però essere inteso come un esercizio di individuazione della scelta "giusta", quasi che questa fosse – ontologicamente - nascosta nell'ordinamento per ogni possibile caso e dovesse essere solo "scoperta" dall'amministrazione. L'amministrazione può solo prendere la decisione migliore nel contesto dato e sulla base delle informazioni e delle tecniche disponibili.

L'imparzialità è sicuramente un valore fondamentale ai fini della protezione del cittadino nei confronti dell'arbitrio amministrativo, ma il suo rispetto non è sufficiente ad assicurare una buona decisione, perché il conflitto fra interessi che inevitabilmente si trova al centro di ogni procedimento amministrativo non può essere risolto e composto soltanto con la garanzia della difesa o con la garanzia del contraddittorio. Se invece si accede ad una

interpretazione che riduce la dinamica del procedimento amministrativo al rispetto del principio di imparzialità e all'esercizio delle garanzie partecipative, si corre il rischio di dimenticare che l'amministrazione è sempre parte nel procedimento, proprio perché ad essa spetta la cura dell'interesse pubblico e la scelta finale in ordine ad esso, anche se si aderisce alla tesi di M.S. Giannini secondo la quale l'interesse pubblico non necessariamente preesiste, ma si forma e si concretizza proprio in esito al procedimento.

E sulla necessità di questa scelta si può richiamare anche per l'amministrazione l'ammonimento di Paolo Coelho, secondo il quale *"A ogni essere umano è stato donata una grande virtù: la capacità di scegliere. Chi non la utilizza la trasforma in una maledizione e altri sceglieranno per lui"*.