

LA TUTELA DEI TERZI NEL PROCEDIMENTO E NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca in diritto pubblico
Curriculum: diritto amministrativo
Ciclo XXXII

Leonardo Sammarco
Matricola 1458051

Relatore
Prof.ssa Maria Chiara Romano

A.A. 2019-2020

INDICE

Introduzione	5
---------------------------	----------

CAPITOLO PRIMO

LA TUTELA DEI TERZI NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Potere amministrativo e soggetti terzi coinvolti.....	14
2. Procedimento amministrativo e partecipazione dei terzi	22
2.1. Partecipazione e procedimenti amministrativi generali.....	25
2.2. Procedimento amministrativo tra partecipazione e contraddittorio	31
3. Stadi evolutivi della tutela dei terzi	
3.1. In Europa.....	43
3.2. Nei Paesi di Common Law	65
4. La tutela procedimentale dei terzi	74
5. La tutela dei terzi alla luce dei principi generali dell'Unione Europa.....	91
5.1. Principio del contraddittorio	93
5.2. Principio di proporzionalità	97
5.3. Principio del legittimo affidamento.....	102
5.4. Principio di precauzione	108

CAPITOLO SECONDO

LA TUTELA DEI TERZI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Premessa	115
2. I terzi ricorrenti	
2.1. La legittimazione a ricorrere come condizione dell'azione. Caratteri generali	120
2.2. Verso una nozione "processuale" di legittimazione a ricorrere	124
2.3. La legittimazione a ricorrere dei terzi	130
3. La qualificazione dei terzi	131
4. La differenziazione dei terzi	133
5. L'"espansione" della legittimazione a ricorrere dei terzi. La <i>vicinitas</i>	138
6. Differenziazione dei terzi e partecipazione al procedimento	144
7. Accesso alla giustizia secondo la Convenzione di Aarhus	152
8. La legittimazione a ricorrere dei terzi quale forma di legittimazione oggettiva?	159
9. I terzi nei processi promossi da altri	
9.1. L'intervento <i>ope iudicis</i> dei terzi.....	165
9.2. L'intervento volontario dei terzi.....	168
9.3. L'opposizione di terzo	170

CAPITOLO TERZO

PRECAUZIONE E TUTELA DEI TERZI IN RELAZIONE ALLA LORO ESPOSIZIONE AI CAMPI ELETTROMAGNETICI

1. Premessa	184
2. L'inquinamento elettromagnetico e le problematiche connesse con riferimento ai terzi	187
3. Quadro normativo di riferimento: l'ordinamento europeo e la disciplina interna.....	191
4. Principio di precauzione e problemi di tutela dei terzi	
4.1. Origini del principio di precauzione e suo sviluppo all'interno dell'Unione Europea	198
4.2 Principio di precauzione e ordinamento italiano.....	205
4.3. Il principio di precauzione nella giurisprudenza amministrativa italiana ed europea.....	208
5. Precauzione in materia di elettrosmog e tutela dei terzi	
5.1. La tutela procedimentale dei terzi.....	213
5.2. Elettrosmog e tutela processuale dei terzi.....	221

CAPITOLO QUARTO

LA PARTECIPAZIONE ALLARGATA DEI TERZI NEI PROCEDIMENTI DI PIANIFICAZIONE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO A QUELLI IN MATERIA AMBIENTALE

1. Premessa	228
2. La partecipazione nelle scelte relative alle infrastrutture di rilevanza nazionale	233
3. La partecipazione dei cittadini secondo l'ottica dell'Unione Europea	243
4. Leggi regionali sulla partecipazione: il modello Toscana.....	246
5. La partecipazione negli atti di pianificazione.....	249
6. La partecipazione in materia ambientale	
6.1. Ambito internazionale ed europeo. In particolare sulla Convenzione di Aarhus	258
6.2. Le valutazioni ambientali nell'ordinamento interno.....	268
6.3. L'informazione e la partecipazione "allargata" nel procedimento di VIA	275
6.4. Natura giuridica della VIA e conseguenze in caso di sue violazioni.....	291
6.5. La partecipazione nella valutazione ambientale strategica (VAS)	294
Conclusioni	299
Bibliografia	306

Introduzione

La tutela dei terzi è un tema che coglie con una certa pregnanza i limiti del rapporto Autorità – amministrato e dischiude una serie di interrogativi cui, talvolta, non è facile dare risposte univoche. Si pensi alla natura delle pretese dei terzi nei confronti dell'amministrazione, alla possibilità di configurare relazioni amministrative a più parti, alla controversa questione tra profili oggettivi e soggettivi della tutela.

Secondo un orientamento diffuso, la tutela dei terzi sarebbe il vero discrimine tra diritto pubblico e diritto comune: mentre il contratto ha efficacia *inter partes*, nel diritto amministrativo non può valere la massima civilistica "*res inter alios acta neque prodest, neque nocet*". L'azione pubblica è infatti suscettibile di incidere su una pluralità di interessi che meriterebbero tutela, interessi che fanno capo non solo ai diretti destinatari dell'azione amministrativa, ma anche a una serie di altri soggetti coinvolti, sia pure indirettamente e a vario titolo, durante l'esercizio del potere. Questi ultimi sono i cc.dd. terzi, tra i quali sono rinvenibili due principali categorie: quella dei terzi titolari di diritti e quella dei terzi titolari di interessi di mero fatto.

In particolare, mi soffermerò su quest'ultima categoria di terzi, che è considerata solitamente più debole rispetto alla prima categoria, con riferimento alla tutela ad essa spettante durante l'esercizio del potere amministrativo. Infatti, si vedrà come i terzi rientranti nella prima categoria (c.d. terzi titolari di diritti) si trovino in una posizione "privilegiata", in virtù della quale l'amministrazione è spesso obbligata non solo a comunicare loro l'avviso di avvio del procedimento, ma anche a tenere comunque conto dei loro diritti, anche nell'ipotesi di mancata partecipazione di tali soggetti al procedimento.

Al contrario, i terzi titolari di interessi di mero fatto, che spesso rappresentano un altissimo numero di soggetti (si pensi, ad esempio, a tutti i soggetti potenzialmente pregiudicati da procedimenti amministrativi ad alto impatto ambientale), pur avendo in astratto la possibilità di “entrare” nel procedimento amministrativo, in concreto sono spesso “messi da parte” dall’amministrazione, che, in virtù del principio di celerità ed economicità dell’azione amministrativa, non coinvolge affatto tali soggetti, i quali finiscono così col ritrovarsi direttamente di fronte a provvedimenti per loro spesso pregiudizievoli.

Chiarirò se e come possa essere riconosciuta loro una tutela già nella fase procedimentale e, a tale scopo, verranno analizzate varie fattispecie in cui sono coinvolti tali terzi e, in particolare, sarà esaminata la loro posizione con riferimento all’esercizio del potere autorizzatorio di impianti potenzialmente pericolosi per la loro salute (si pensi, ad esempio, alla gestione di impianti di smaltimento rifiuti o alle problematiche legate alla gestione dei ripetitori radio-telefonici, ossia di particolari tipi di impianti potenzialmente pericolosi per la salute a causa degli effetti ancora poco conosciuti delle onde elettromagnetiche che da essi promanano).

In siffatte fattispecie il rapporto pubblicistico sorge tra l’amministrazione, da una parte, e il soggetto che richiede l’autorizzazione a gestire l’impianto, dall’altra, in qualità di diretto destinatario dell’azione amministrativa. Tutti gli altri soggetti, in qualche modo “toccati” dall’azione amministrativa, possono considerarsi terzi rispetto a tale rapporto e, precisamente, terzi titolari di interessi di mero fatto, considerato che tali soggetti lamentano la lesione di un diritto (alla salute) che è sì qualificato, ma spesso non differenziato, non individuando la legge i criteri per identificare, rispetto al *quisque de populo*, i precisi titolari degli interessi coinvolti nell’esercizio del potere amministrativo.

Preme chiarire fin da ora che con tale lavoro si intenderanno esaminare le posizioni dei terzi coinvolti nell’esercizio del potere e le possibilità loro riconosciute dall’ordinamento di rapportarsi direttamente con l’amministrazione, ed eventualmente davanti al giudice, per la tutela del

proprio diritto alla salute, senza la rappresentanza o l'intermediazione da parte di eventuali associazioni ambientaliste. Non sarà infatti trattato l'ampio e dibattuto tema relativo alla tutela degli interessi diffusi affidata a tali associazioni e alla idoneità di queste ultime a rappresentare davanti all'amministrazione o dinnanzi al G.A. gli interessi di tale categoria di terzi, al fine di tutelare il loro diritto alla salute.

Ciò chiarito, spiegherò, fin dalle prime pagine di questo lavoro, come la partecipazione di quest'ultima categoria di terzi nel procedimento non abbia trovato finora molto spazio nella prassi amministrativa, essendo la P.A. piuttosto restia ad ammetterne la partecipazione tramite la comunicazione dell'avvio del procedimento ed essendo, altresì, rari i casi in cui tali soggetti possano avere autonomamente notizia dello stesso e intervenire volontariamente. Spesso, infatti, accade che i terzi hanno conoscenza del procedimento solo quando quest'ultimo si è già concluso con un provvedimento per loro sfavorevole e contro il quale non resta che la via del ricorso davanti al giudice amministrativo.

Come garantire l'ingresso di tale categoria di soggetti terzi già all'interno del procedimento?

Il procedimento, pur essendo concepito come istituto fondamentale all'interno di uno Stato democratico, che consentirebbe all'amministrazione la composizione dialettica dei vari interessi coinvolti al fine di meglio perseguire l'interesse pubblico concreto, non rappresenta in realtà il luogo ideale all'interno del quale emergono e vengono considerati gli interessi dei terzi. Accade quasi sempre che gli interessi di questi ultimi riescano ad emergere solo all'interno del processo, dinnanzi al giudice amministrativo; invece, l'ingresso dei terzi dovrebbe avvenire, innanzitutto, all'interno del procedimento e ciò affinché il recupero della legalità possa già essere garantita nel corso dell'esercizio del potere e cioè in un momento in cui sarebbe ancora possibile correggere l'azione amministrativa, senza invece dover ricorrere in giudizio per il ripristino di una legalità violata, con conseguente allungamento dei tempi necessari a garantire un certo risultato

utile, aumento dei costi a carico dello Stato e una sempre maggiore sfiducia nei confronti delle istituzioni pubbliche.

Tutto ciò a causa del malfunzionamento in generale dell'amministrazione, che spesso non adotta i provvedimenti di competenza e, prima ancora, non emana gli atti interni di competenza nei confronti di tutti i soggetti che ne avrebbero diritto (si pensi alla comunicazione di avvio del procedimento, al fine di poter coinvolgere i vari soggetti interessati) o adotta provvedimenti viziati, senza poi avvalersi dei poteri di autotutela per riparare agli errori commessi, preferendo invece invitare il cittadino a rivolgersi al Tar.

Come rimediare a tale malfunzionamento?

Si vedrà, nel corso del terzo capitolo, che, con riferimento agli impianti pericolosi, già negli anni Settanta in Germania iniziavano ad essere emanate leggi che imponevano al soggetto pubblico di evitare i danni ambientali mediante un'idonea pianificazione o prevenzione delle attività ritenute potenzialmente dannose.

Con riferimento al nostro ordinamento, e con particolare riferimento al fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico, sarà evidenziato come, negli ultimi tempi, i cittadini abbiano premuto sempre di più affinché le proprie amministrazioni si facessero carico, una volta per tutte, dei problemi legati a tale fenomeno, adottando regolamenti comunali, che dessero regole certe, chiare e trasparenti in materia di elettrosmog e modificando gli stessi Piani Regolatori, per disciplinare puntualmente la dislocazione delle sorgenti di emissione elettromagnetica a radiofrequenza nel territorio comunale ed avviando una capillare azione di verifica e monitoraggio di tutte le stazioni radio esistenti.

Le amministrazioni comunali, proprio attraverso l'adozione di tali regolamenti, si sono proposte di attivare un processo partecipativo che potesse davvero coinvolgere i terzi interessati, sin dalle prime fasi di formazione del procedimento amministrativo. In particolare, siffatto processo partecipativo è garantito attraverso l'istituzione di appositi

“Osservatori di settore sull’inquinamento elettromagnetico” con funzioni consultive in materia di pianificazione territoriale degli impianti di comunicazione elettronica e aperto alla partecipazione di rappresentanti dell’amministrazione afferenti al Dipartimento Tutela Ambiente, Municipi Arpa, Asl, Associazioni di protezione ambientale e singoli cittadini interessati. Tali Osservatori garantiscono la partecipazione della cittadinanza, avvalendosi anche dei tecnici dell’Ispra e del Dipartimento di Epidemiologia.

La volontà delle amministrazioni di rendere partecipi tutte le parti interessate durante tutto l’iter concernente le autorizzazioni in materia di impianti radio telefonici traspare, inoltre, dalla previsione, contenuta nei vari regolamenti comunali, secondo cui le amministrazioni stesse si impegnano ad utilizzare le migliori tecnologie informatiche, al fine di rendere disponibili alla cittadinanza le informazioni circa le collocazioni di antenne, comprese quelle autorizzate e non ancora attive e le misurazioni effettuate con sistemi di visualizzazione interattiva su mappe.

Quanto appena accennato, con riferimento al fenomeno dell’elettrosmog, può essere esteso ai procedimenti concernenti tutti gli impianti pericolosi e, in generale, tutte le opere di pubblica utilità, procedimenti che presuppongono, a monte, procedimenti amministrativi finalizzati a pianificare le scelte relative alla localizzazione di quegli impianti.

Preme sottolineare, infatti, come, solitamente, i singoli procedimenti *ad hoc*, volti ad autorizzare la realizzazione e la gestione di impianti pericolosi o, più in generale, la realizzazione di opere di pubblica utilità, siano preceduti da procedimenti amministrativi generali, che si concludono con l’adozione di atti di pianificazione, coi quali l’amministrazione decide se, dove e come realizzare le varie opere, che possono essere volute e sostenute da certi soggetti (che potrebbero ricavarne un certo vantaggio) e avversate da altri, che invece potrebbero lamentare, in via generale e a titolo esemplificativo, un netto peggioramento della loro qualità della vita a seguito della realizzazione di tali opere.

Ebbene, è chiaro che di terzi, sia pure titolari di interessi di mero fatto, che è la categoria che analizzerò più nel dettaglio, si possa correttamente parlare solo nell'ambito dei procedimenti amministrativi relativi alle singole opere o impianti e non già nell'ambito dei relativi procedimenti generali di pianificazione. Nell'ambito di questi ultimi, infatti, non si è ancora instaurato un preciso rapporto pubblicistico tra amministrazione e diretto destinatario, in quanto tali procedimenti sono volti all'adozione di atti generali coi quali l'amministrazione intende compiere delle scelte con riferimento alla localizzazione di future opere pubbliche; pertanto, non sarebbe corretto parlare di terzi nell'ambito di tali procedimenti generali. Tale categoria potrebbe emergere solo nel corso dei successivi procedimenti coi quali l'amministrazione autorizzerà precisi soggetti (i cc.dd. destinatari diretti) a gestire le opere pianificate a monte.

Tuttavia, il fatto di garantire l'effettiva partecipazione, già all'interno di tali procedimenti generali, di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti da quelle scelte localizzative (futuri destinatari diretti e futuri eventuali terzi controinteressati) comporterebbe degli indubbi benefici e vantaggi nell'ambito di tutti i futuri procedimenti *ad hoc* adottati a valle, in quanto essi saranno il frutto di scelte largamente condivise, per effetto dell'effettiva partecipazione garantita a monte tra tutte le parti interessate.

Il problema dei terzi titolari di interessi di mero fatto potrebbe essere risolto, infatti, non tanto a valle dei singoli procedimenti amministrativi (ad esempio, quelli con cui vengono autorizzati o meno determinati soggetti istanti a gestire impianti potenzialmente pericolosi per la salute), quanto a monte, da parte delle amministrazioni, cui viene imposto dal legislatore di coinvolgere, nell'ambito dei relativi procedimenti di pianificazione di quegli stessi impianti, tutti i soggetti potenzialmente interessati, affinché tutti, soggetti terzi compresi, possano essere davvero informati (via web, tramite quotidiani locali, ecc.) sulla volontà di realizzare una determinata opera che possa avere un certo impatto sul territorio, su come realizzarla e dove localizzarla e affinché tutti possano essere davvero messi nella condizione di partecipare attivamente tramite proposte, suggerimenti e

osservazioni, di cui l'amministrazione stessa debba tenere conto nella successiva fase decisoria.

Ad esempio, le varie Carte della partecipazione, recentemente emanate dalle varie leggi regionali, prevedono che la partecipazione in tema di pianificazione territoriale, per potersi davvero compiere, necessiterebbe di luoghi di incontro fisici e virtuali e, a tale scopo, impongono alle amministrazioni di favorire l'utilizzo di spazi pubblici (scuole, biblioteche, centri per gli anziani), luoghi privati (locali ricreativi, portinerie) e spazi dismessi, di semplificare l'iter per il loro utilizzo, nonché di creare spazi *on line* di facile e di immediato accesso che facilitino la stessa informazione sugli argomenti di pubblico interesse.

Nel corso di questo lavoro, si illustreranno nel primo capitolo le vicende che hanno riguardato la tutela amministrativa dei terzi in Europa (in particolare, in Italia e in Germania) e negli Stati Uniti, dalla metà dell'800 sino ai giorni nostri.

In particolare, nell'individuare il tipo di tutela spettante ai terzi, ripercorrerò le principali fasi storiche, a cominciare dal modello statalista di derivazione tedesca, prevalente fino alla metà del Novecento, in cui le posizioni dei singoli non emergevano in via autonoma, a causa della centralità riconosciuta allo Stato che sovrastava ogni volontà individuale. Di conseguenza, chi si riteneva leso dall'esercizio del potere amministrativo, trovava occasionalmente tutela laddove quella lesione coincideva con la violazione della legalità. Da allora, le concezioni delle posizioni soggettive nei confronti dell'amministrazione hanno subito una profonda evoluzione. La Costituzione, il diritto europeo e quello internazionale hanno rafforzato sempre più la protezione delle libertà individuali, che hanno progressivamente assunto contenuti sostanziali. Si vedrà, in particolare, come l'avvento delle Costituzioni europee abbia rovesciato i rapporti tra sovrano e sudditi, mettendo al primo posto le libertà individuali e rafforzato sempre più la tutela del destinatario del provvedimento rispetto a quella dei terzi.

In questo contesto di profondo rinnovamento, analizzerò se, e in che termini, sia mutata anche la posizione dei terzi e il tipo di tutela che essi possono far valere dinnanzi all'amministrazione prima e davanti al giudice amministrativo poi, anche alla luce dei principi generali dell'Unione Europea.

Nel secondo capitolo mi soffermerò sulla tutela processuale dei terzi, analizzando, in particolare, i vari istituti processuali a disposizione dei terzi e valutando la loro idoneità a garantire loro un'effettiva tutela dinnanzi al G.A.

Dopo aver parlato, nei primi due capitoli, della tutela dei terzi in termini generali, sia dal punto di vista procedimentale che processuale, negli ultimi due affronterò invece il discorso in termini più specifici.

In particolare, nel terzo capitolo affronterò il problema sempre più attuale della tutela dei terzi in relazione alla loro esposizione ai campi elettromagnetici inquinanti, particolari tipi di impianti potenzialmente pericolosi per la salute di coloro che vivono in prossimità degli stessi. In particolare, analizzerò la tutela procedimentale e processuale loro spettante in tale specifico settore e cercherò di spiegare l'importanza che riveste in questo ambito il principio di precauzione e quanto esso sia applicato dai giudici amministrativi italiani al fine di garantire una tutela processuale dei terzi, pur in assenza, in determinati casi, di certezze scientifiche sugli effettivi danni che suddette onde elettromagnetiche possano provocare.

Nel quarto capitolo evidenzierò, infine, l'intento, da parte del legislatore, di favorire una partecipazione "allargata" in tutti quei procedimenti amministrativi che coinvolgono un gran numero di soggetti. In particolare, verranno approfonditi gli istituti del dibattito pubblico, delle consultazioni e dell'inchiesta pubblica, che mirano a informare preventivamente, circa l'avvio di un procedimento, i soggetti potenzialmente interessati a parteciparvi, al fine di garantirne l'effettiva partecipazione e al fine di garantire un procedimento davvero

“partecipato” e che possa essere condiviso dalla generalità dei soggetti
“toccati” dal provvedimento conclusivo di quegli stessi procedimenti.

CAPITOLO PRIMO

LA TUTELA DEI TERZI NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Potere amministrativo e soggetti terzi coinvolti.- 2. Procedimento amministrativo e partecipazione dei terzi. 2.1 Partecipazione e procedimenti amministrativi generali; 2.2 Partecipazione e contraddittorio procedimentale. 3. Stadi evolutivi della tutela amministrativa dei terzi. 4. La tutela procedimentale dei terzi titolari di diritti e dei terzi titolari di interessi di mero fatto. 5. La tutela dei terzi nell'ordinamento interno alla luce dei principi generali dell'Unione Europea. 5.1. Principio del contraddittorio. 5.2. Principio di proporzionalità. 5.3. Principio del legittimo affidamento. 5.4. Principio di precauzione.

1. Potere amministrativo e soggetti terzi coinvolti.

La pubblica amministrazione, nell'esercizio del potere amministrativo, coinvolge solitamente vari soggetti, alcuni dei quali sono interessati a che l'azione amministrativa si svolga verso una certa direzione, aspettandosi dalla stessa un certo risultato a loro favorevole; altri soggetti, pur essendo contrari a che l'azione amministrativa abbia luogo, si vedono ugualmente coinvolti, in quanto destinatari di provvedimenti cc.dd. ablatori; accanto a costoro vi sono poi coloro (i cc.dd. terzi) che, a prima vista, sembrerebbero estranei alle vicende amministrative, ma che in realtà subiscono inevitabilmente gli effetti spesso pregiudizievoli dell'esercizio del potere e ciò proprio come conseguenza dei caratteri del potere stesso¹.

¹ Il potere amministrativo indica una posizione giuridica soggettiva ascrivibile al *genus* delle capacità speciali che la legge conferisce alla singola autorità amministrativa, come quella che consente a questa, e nello stesso tempo impone, di porre in essere determinati provvedimenti, produttivi di determinati effetti giuridici (anche lesivi della sfera dei soggetti privati coinvolti e a prescindere dalla loro volontà), al fine di curare determinati interessi della collettività; atti che altrimenti essa non potrebbe adottare, pena la loro nullità o, in certi casi, la loro inesistenza. Cfr. sul punto V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 2016, 266; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'Ordinamento*, Milano, 1993, 34 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1995, 56 ss.; A.M. Cecere, *Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione*, 2012, ed. scientifica, 23 ss.; Italo Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato*.

Tra i caratteri del potere, infatti, è da menzionare, in primo luogo, l'unilateralità, che è definita come la capacità di incidere sulla sfera giuridica privata indipendentemente dal consenso del destinatario del provvedimento². È facile comprendere come dall'unilateralità all'imperatività del provvedimento il passo sia effettivamente molto breve. Infatti, è evidente che un atto che non necessita del consenso del destinatario per trovare attuazione, ben potendo autoimporsi, ha un indubbio carattere imperativo³.

Per ciò che attiene all'imperatività, in particolare, si può affermare che essa è il carattere più ovvio che connota l'esercizio di qualunque tipo di potere amministrativo⁴.

L'attività della PA nell'Ordinamento amministrativo innovato dalla L. n. 241/1990, 2001, 3 ss.

² Cfr. F. Liguori, Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività, in www.giustamm.it, in cui l'Autore individua due nuclei intorno ai quali ruota il concetto di autoritatività: a) la capacità del provvedimento di modificare le situazioni giuridiche private, e dunque innovare il preesistente assetto degli interessi; b) il coinvolgimento dei soggetti destinatari della decisione, il cui consenso non è richiesto affinché si produca l'effetto innovativo. L'incertezza sul contenuto del potere cd autoritativo desta alcune perplessità anche sulla possibilità di incentrare la distinzione tra discipline pubblicistiche e discipline privatistiche sulla dicotomia tra atto autoritativo e atto non autoritativo, da sempre ritenuta incerta. Si vedano sul punto F. Liguori, L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1-bis, in (a cura di) F. Liguori, Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005, Bologna, 2007; A. Travi, Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?, in Foro amm. TAR, suppl. al n. 6/05, 19; V. Italia, Commento al comma 1 bis, in L'azione amministrativa, a cura di V. Italia, Milano, 2005, 76 ss.; B. Mattarella, Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa, in Giorn. dir. amm., 2004, 979 ss.

³ B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo, Padova, 2000, 211 ss.; V. Cerulli Irelli, cit., pag. 268. Secondo l'A. in ciò consiste l'imperatività del potere amministrativo: il contenuto dispositivo dei relativi atti di esercizio (e perciò gli effetti da essi prodotti nel mondo esterno) non è il risultato della convergente volontà di tutti i soggetti interessati, ma il risultato della determinazione dell'autorità amministrativa titolare del potere, che degli altri interessi coinvolti deve comunque tenere conto nella complessa operazione intesa alla individuazione in concreto delle esigenze di cura dell'interesse pubblico.

⁴ M.S. Giannini, in Lezioni di diritto amministrativo, Milano, 1950, 417 ss., afferma che "I provvedimenti amministrativi efficaci, non illeciti e validi, acquistano una proprietà che si denomina autorità di provvedimento amministrativo"; l'imperatività si deve ritenere un "carattere proprio di tutti gli atti pubblici (o meglio, di quelli che comportano anche un minimo di potere dispositivo), una particolare forza che essi possiedono, automaticamente". Il rapporto tra "autorità" e "imperatività" è inizialmente di coincidenza, successivamente di genere a specie, ma alla questione l'Autore non sembra attribuire gran rilievo. Si veda per altro verso il problema

Un'altra considerazione da cui non può prescindere è quella per cui l'amministrazione impronta notoriamente la propria azione al *dovere* di perseguire l'interesse pubblico⁵, contemperando gli interessi coinvolti, primari e secondari, di cui sono titolari altri soggetti. Infatti, l'autoritatività non rende la P.A. un soggetto estraneo a qualsiasi vincolo, tanto meno a

dei provvedimenti favorevoli al destinatario (quali concessioni, autorizzazioni etc.), che è stato da alcuni risolto con la considerazione per cui, pur essendo tali provvedimenti ampliativi, essi riflettono la limitazione di una preesistente situazione soggettiva del privato. Da tale considerazione Giannini trae la conseguenza che, anche nei provvedimenti concessori l'amministrazione attua il momento autoritativo e ciò in ragione del fatto che anche l'attribuzione ad un privato di un beneficio particolare comporta l'incisione nella libertà degli altri. Ciononostante non può sfuggire l'evidente contrasto con la nozione stretta di imperatività come incidenza sfavorevole sulle situazioni soggettive dei privati. Cfr. anche F. Liguori, Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività, in www.giustamm.it, in cui l'Autore individua due nuclei intorno ai quali ruota il concetto di autoritatività: a) la capacità del provvedimento di modificare le situazioni giuridiche private, e dunque innovare il preesistente assetto degli interessi; b) il coinvolgimento dei soggetti destinatari della decisione, il cui consenso non è richiesto affinché si produca l'effetto innovativo. L'incertezza sul contenuto del potere cd autoritativo desta alcune perplessità anche sulla possibilità di incentrare la distinzione tra discipline pubblicistiche e discipline privatistiche sulla dicotomia tra atto autoritativo e atto non autoritativo, da sempre ritenuta incerta.

⁵ Sul principio di doverosità si vedano A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005; F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, secondo cui la doverosità è causa, oltre che scopo della potestà pubblica. Solo recuperando la posizione del dovere quale *prius* logico del potere, la potestà risulta vincolata, per così dire, da due estremi: "l'amministrazione più che detentrici di un potere vincolato nel fine è obbligata da un dovere eventualmente potestativo nel mezzo". Solo con lo Stato di diritto, e dunque con l'avvento dei principi di separazione dei poteri e di legalità, si ha l'effettivo riconoscimento del principio di doverosità, garantito dalla circostanza per cui i fini pubblici vengono definiti da un potere diverso di quello chiamato a realizzare i medesimi. Al vincolo di indisponibilità così creato conseguono limitazioni più o meno ampie nell'esercizio del potere. Si veda anche G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 168. Nella maggior parte dei casi l'esercizio del potere amministrativo appare essere doveroso. Così l'art. 2, l. 241/1990 statuisce che «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso». Il dovere di attivarsi è pertanto imposto dalla legge o consegue (almeno nella maggior parte dei casi) all'istanza del privato (si pensi ai numerosi casi di autorizzazione, concessione, abilitazione etc.), rimanendo del tutto marginali i casi in cui la P.A., pur non essendo tenuta a iniziare un procedimento, decida di avviarlo (si pensi agli atti di secondo grado). Tanto che si ritiene che il fondamento dell'autoritatività dell'atto amministrativo deve porsi non tanto nella potestà di sovranità dello Stato quanto nell'asservimento della P.A. agli interessi della collettività, così Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 1990, n. 435, in *Juris data*, Milano.

quelli di scopo⁶ e il carattere della supremazia non va tanto riferito all'amministrazione in sé (non sussistendo più un rapporto di "sudditanza" tra P.A. e amministrati), quanto piuttosto all'interesse pubblico, da considerare perciò appartenente all'ordinamento e che la P.A. deve perseguire nel rispetto di un procedimento disciplinato dalla legge⁷.

Sicuramente un tempo l'amministrazione era libera di "decidere secondo autorità" nei confronti dei soggetti privati coinvolti, i quali erano considerati meri sudditi e, in quanto tali, soggetti alla volontà unilaterale dello Stato e incapaci di prender parte al procedimento di formazione della volontà dell'amministrazione né tantomeno di opporsi al provvedimento già adottato; ma, col passare degli anni i rapporti tra amministrazione e cittadini sono gradualmente cambiati e l'intensità di tutela che via via hanno acquisito i soggetti privati di fronte all'esercizio del potere amministrativo rispecchia fedelmente il mutamento lentamente avvenuto nella obiettiva ricostruzione giuridica del ruolo della pubblica amministrazione, passata dall'essere parte essenziale del potere esecutivo, rivestita di sovranità, al mostrarsi quale struttura di servizio alla collettività⁸. Infatti, si fa strada una concezione profondamente diversa del

⁶ In vista di tale interesse la P.A. soggiace, primo fra tutti, al vincolo di scopo imposto dalla legge; nelle concezioni assolutistiche del potere pubblico il sovrano non rispondeva del proprio operato in ragione di un dovere nei confronti del suddito. Molto distante da una concezione doverosa, il potere sovrano, assoluto e perpetuo, anche quando concepito come *jus promovendo salutem publicam*, trovava un proprio limite solo ed esclusivamente nelle leggi divine e naturali. L'unico vincolo riconosciuto era quello per cui «il principe deve al suddito giustizia, tutela e protezione. (Bodin); Cfr. anche C. Marzuoli, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Milano, 1995, 106 ss.; A.M. Cecere, Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione, 2012, ed. scientifica, 87 ss.

⁷ M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2010, 228. Per una riflessione sull'interesse pubblico, si veda anche M.R. Spasiano, L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990, in www.giustamm.it: è proprio in ragione del perseguimento dell'interesse pubblico che vengono predisposte le forme di intervento dei pubblici poteri. Neppure il ricorso a strumenti di tipo consensuale o privatistico pare poter porre in discussione il carattere indisponibile dell'interesse pubblico. La sua appartenenza all'ordinamento inteso in senso collettivo, rende possibile che per la tutela del medesimo possano agire non solo soggetti pubblici ma anche soggetti privati (e ciò spiega anche il ricorso a un diritto privato "speciale");

⁸ F.G. Scoca, L'interesse legittimo, storia e teoria, Torino, 2017, Presentazione al volume II parte. L'A. richiama le parole di Bobbio, che, nel sottolineare il mutamento del ruolo

rapporto tra amministrazione pubblica e privati cittadini: non più estraneità e contrapposizione di interessi, ma collaborazione e ricerca comune di equilibrio nella tensione alla soddisfazione dell'interesse pubblico con il minor sacrificio (ed eventualmente con la soddisfazione) degli interessi privati⁹.

Tale evoluzione nei rapporti tra amministrazione e individuo e il riconoscimento di una tutela via via maggiore ai soggetti privati coinvolti durante l'esercizio del potere fa sì che la stessa concezione del potere inizia a mutare. Il potere amministrativo, infatti, inizia ad essere concepito come un qualcosa che può essere esercitato prima di tutto solo entro limiti ben precisi, limiti previsti dalla legge al fine di guidare l'azione amministrativa entro certi binari ben precisi, soprattutto a tutela dei soggetti privati coinvolti¹⁰. Questi ultimi, come già accennato sopra, non si deve pensare che siano necessariamente i soli diretti destinatari del provvedimento amministrativo, ben potendo l'esercizio del potere, come sopra accennato, coinvolgere anche una serie di altri soggetti diversi da coloro nella cui sfera giuridica esso è destinato a produrre direttamente gli effetti; così il fatto che la P.A. espropri il fondo di Tizio per collocarvi, ad esempio, una discarica di rifiuti industriali o, all'inverso, un parco pubblico può essere oggetto di uno specifico interesse da parte di altri soggetti (diversi dai diretti destinatari, in quanto non titolari di diritti sull'area oggetto di esproprio) che comunque non desiderano avere la discarica nelle vicinanze della propria abitazione e preferiscono, invece, avere un parco). Si consideri, ancora, la posizione di colui che si oppone all'esercizio di un'attività commerciale vicino la sede della propria impresa o che si oppone alla costruzione di un edificio vicino al proprio fondo lamentando la lesione del proprio diritto alla bella vista o alla quiete del proprio quartiere. Tali interessi, che emergono durante

dell'amministrazione, spiega come *"il potere pubblico, dall'essere considerato ex parte principis è trascorso all'essere considerato ex parte populi"*.

⁹ F.G. Scoca, op. cit., 203.

¹⁰ P. Carpentieri, Autorità e consenso nell'azione amministrativa, in www.giustamm.it; F. Demarchi, Potere e Autorità, in Riv. Humanitas, 1960; M.S. Giannini, Il pubblico potere, Bologna, 1986, 26; G. Guarino, Atti e poteri amministrativi, Milano, 1994, 12.

l'esercizio del potere, possono essere oggetto di un atteggiamento di indifferenza dell'ordinamento ovvero di un atteggiamento positivo¹¹.

Tali soggetti, diversi dai diretti destinatari del provvedimento, sono i cc.dd. terzi, ossia coloro che sono toccati dall'azione amministrativa pur non essendone i principali destinatari¹².

Va subito precisato che i terzi in senso proprio non possono essere considerati coloro che aspirano al medesimo provvedimento che l'amministrazione si appresta ad adottare (su richiesta di uno di loro o d'ufficio). Questi soggetti, tutti interessati al provvedimento (che per loro sarebbe favorevole), sono tra loro antagonisti, in quanto tendono a ottenere ciò che può essere dato solo a uno (o ad alcuni) di essi; mentre, nei rapporti con l'amministrazione, sono tutti "potenziali diretti destinatari dell'azione amministrativa": se si vuole ragionare in termini di rapporto giuridico, questi soggetti sono tutti parti del medesimo rapporto giuridico, che vede tali soggetti da una parte e l'amministrazione dall'altra¹³.

I terzi in senso proprio sono, invece, coloro che non aspirano a ottenere il provvedimento richiesto da altri, poichè ritengono (o temono) di subire conseguenze negative dagli effetti di tale provvedimento¹⁴.

Dalla suddetta definizione sembrerebbe che la figura del terzo emerga in occasione di procedimenti volti esclusivamente al rilascio di provvedimenti favorevoli al destinatario diretto dell'azione amministrativa. Occorre sin da ora chiarire, invece, che la questione della tutela della sfera giuridica dei terzi può sorgere non solo in occasione dell'esercizio di un potere idoneo a produrre effetti favorevoli nei confronti del destinatario e che presuppone il suo stesso consenso (si pensi al permesso di costruire rilasciato a favore di un imprenditore avente ad oggetto la realizzazione di un grande aeroporto e al conseguente pregiudizio che esso comporta nei

¹¹ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op. cit., 275; L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritto dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 3.

¹² G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, 2016, 14.

¹³ F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, op. cit., 427.

¹⁴ F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, op. cit., 428.

confronti dei terzi proprietari dei terreni limitrofi) o che ne prescinde (si pensi alla pianificazione urbanistica che incida vantaggiosamente su un'area di proprietà di un soggetto privato, ma che arrechi svantaggi all'area finitima di un altro soggetto privato)¹⁵, ma anche in occasione dell'esercizio di poteri sfavorevoli al destinatario (si pensi al provvedimento di espulsione dello straniero e al pregiudizio che esso arrechi alla sfera giuridica del coniuge o degli eventuali figli)¹⁶.

E così, a fronte del procedimento di espropriazione per pubblico interesse di un'area privata da destinare alla realizzazione di un'opera pubblica di un certo tipo, i proprietari dei fondi vicini possono avere un certo interesse a che l'opera non venga realizzata e, quindi, che l'espropriazione dell'area non venga pronunciata, poiché si tratterebbe di un'opera (ad esempio, una discarica di rifiuti) che danneggia la loro proprietà, rendendola meno vivibile o più difficilmente commerciabile; e così ancora, a fronte di un procedimento inteso al rilascio di un permesso di costruire, i vicini dell'area nella quale la costruzione dovrà essere realizzata possono essere portatori di interessi a che la realizzazione non si compia e perciò la licenza non venga rilasciata (la costruzione toglierebbe loro l'aria, la luce o la vista sul mare, etc.)¹⁷. Si pensi alla S.C.I.A. e quindi alle eventuali lesioni che i terzi, titolari di un interesse opposto al denunciante, subiscono per effetto del tacito accoglimento dell'istanza; si pensi, inoltre, alla scelta discrezionale da parte della P.A. di rinnovare una concessione

¹⁵ La sfera di incidenza del potere pubblico non può dunque dirsi circoscritta ad un rapporto biunivoco, poiché spesso include anche soggetti terzi che vengono indirettamente danneggiati da un provvedimento ampliativo o restrittivo della sfera giuridica del destinatario dell'atto. Tra gli altri si veda A. Marra, *L'interesse dei terzi nelle convenzioni di lottizzazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 738; F. Cangelli, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 306.

¹⁶ Cfr. Corte Cost. sent. 18 luglio 2013 n. 202, che ha stabilito come non possa automaticamente espellersi lo straniero per il solo fatto della condanna per uno dei reati che la legge ritiene ostativi alla prosecuzione del soggiorno quando questi risieda in Italia assieme ai suoi familiari. Al provvedimento di espulsione, pertanto, è stata riconosciuta natura discrezionale, dovendo l'amministrazione bilanciare l'interesse pubblico alla sicurezza, l'interesse del destinatario dell'atto alla prosecuzione del soggiorno, ma anche gli interessi degli eventuali terzi (l'interesse del coniuge o dei figli dello straniero alla conservazione dell'unità familiare).

¹⁷ V. Cerulli Irelli, *op. cit.*, 272.

amministrativa, in tal modo pregiudicando indirettamente gli altri soggetti interessati a quella stessa concessione e che non possono più neanche presentare domanda per avere una chance di accoglimento e così via.

Tutti i vari terzi menzionati nelle suddette esemplificazioni possono essere raggruppati in due grandi categorie. Dinanzi a un procedimento amministrativo possono, infatti, manifestarsi due tipologie di terzi, ossia coloro che possono vantare certe pretese nei confronti dell'amministrazione e coloro che non possono far valere alcuna pretesa, risultando, pertanto, privi di tutela.

La prima tipologia si riferisce ai terzi che sono "presi in considerazione"¹⁸ dall'ordinamento; mentre la seconda categoria, invece, è relativa a quei terzi, la cui posizione non è contemplata dall'ordinamento e il cui interesse, pertanto, dovrebbe ritenersi giuridicamente irrilevante (interesse semplice).

Ma i primi soggetti, quando sono protetti da una norma, possono ancora considerarsi terzi? Non manca in dottrina chi sostiene che, quando il terzo è titolare di una situazione giuridica qualificata e differenziata dall'ordinamento, questi, lungi dall'essere estraneo al rapporto amministrativo, ne rappresenta la "terza parte" o, se si preferisce, è un altro destinatario dell'azione pubblica che si aggiunge a quello principale¹⁹. Ma in realtà prevale l'orientamento che ritiene terzo in senso tecnico solo colui che è toccato dall'azione amministrativa, pur non essendone il principale destinatario; pertanto, anche a fronte di norme che tutelano un preciso interesse di soggetti ben precisi, costoro, per il semplice fatto di non essere i diretti destinatari dell'esercizio del potere amministrativo, sono considerati terzi²⁰.

¹⁸ Verrà chiarito meglio nel prosieguo cosa debba intendersi con tale espressione.

¹⁹ Come rileva S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino 2006, 475, quando un terzo diventa titolare di pretese in un determinato rapporto, questi "non è più terzo", ma diventa parte.

²⁰ Cfr. le posizioni di G. Mannucci, *op. cit.*, 14 e 17, nonché di L. De Lucia, *op. cit.*, 5 e 31.

2. Procedimento amministrativo e partecipazione dei terzi.

Dalle pagine che precedono risulta chiaramente quanto le vicende dei terzi siano legate all'esercizio del potere amministrativo, nonché il fatto che il potere stesso possa essere esercitato solo entro limiti ben precisi.

Tra tali limiti ricordiamo quelli previsti dalle stesse norme sull'azione amministrativa, che individuano il tipo di potere che la P.A. può esercitare, le modalità attraverso cui può essere esercitato e gli atti tipici che possono essere adottati; e tali limiti sono previsti dalla norma soprattutto a tutela dei soggetti privati che in astratto possono essere coinvolti durante l'esercizio del potere, siano essi i diretti destinatari del provvedimento finale o soggetti terzi indirettamente "toccati" dall'azione amministrativa. Come ha precisato Nigro, la norma attributiva del potere amministrativo non solo non prescinde dagli interessi privati, ma *"consiste proprio nella presa in considerazione di essi, insieme con uno o più interessi pubblici, e della loro sottoposizione, da parte della norma, all'incidenza del potere"*²¹.

Lo stesso autore aggiunge poi che la norma definisce solo astrattamente l'interesse pubblico, in quanto solo astrattamente determina il territorio che lo riguarda; è soltanto con il procedimento amministrativo che il quadro prende vita ed effettività: è con il procedimento amministrativo che l'interesse pubblico viene determinato puntualmente e in concreta relazione a tutti gli altri interessi. Attraverso il procedimento amministrativo si definisce pure il modo concreto di sottoposizione dell'interesse privato all'incidenza del potere²². Il privato, infatti, entra nel procedimento non già per sentirsi dettare le condizioni della sua soggezione o per porre dei limiti

²¹ M. Nigro, Giustizia Amministrativa, op. cit., 2002, p 82; G. Guarino, Potere giuridico e diritto soggettivo, in Rass. dir. pubbl., I, 1949, 235; B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo, Padova, 2000; V. Ottaviano, Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali, in Riv. trim. dir. pubbl., 1964, 912; A.M. Sandulli, Note sul potere amministrativo di coazione, in Riv. trim. dir. pubbl., 1964; D. Stella Richter, Atti e poteri amministrativi, in G. Guarino (a cura di) Dizionario amministrativo, I, 1083.

²² A. Romano (a cura di), L'azione amministrativa, Torino, 2016, con la collaborazione di A. Cioffi, F. Costantino, M.G. Della Scala, P. Lazzara, M.L. Maddalena, M.C. Romano, E. Scotti, 56 ss.

al potere, ma per contribuire alla stessa determinazione dell'interesse pubblico concreto, per conformare l'esercizio del potere agli interessi pretensivi ed oppositivi vantati dal privato: ciò vale a dire che il potere amministrativo si esercita attraverso una sorta di confronto e cooperazione dinamici con gli interessi privati, che ha la sua sede nel procedimento²³.

Ne deriva che il vero modo di perseguire l'interesse pubblico non è quello di trascurare ed eventualmente sacrificare oltre il necessario gli interessi che con quello vengono in collisione, bensì di tenere conto anche di tali collidenti interessi, sacrificandoli solo nella misura indispensabile, a mezzo di un'azione ragionevole e proporzionale, perché l'interesse pubblico possa ricevere il soddisfacimento che gli compete. Questo presuppone che le norme sull'azione amministrativa non siano più ritenute come poste a presidio del solo interesse pubblico, ma anche degli interessi dei soggetti (destinatari diretti e terzi) che entrano in contatto con l'amministrazione²⁴.

²³ M. Nigro, op. cit., pag. 90; F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967; E. Cannada Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 6 ss.; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 265. Per l'evoluzione della concezione di M.S. Giannini sul rapporto tra interesse primario e interesse pubblico concreto cfr., tra gli altri, F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1070, il quale rileva che l'interesse che l'amministrazione deve perseguire non è uno tra gli interessi pubblici dati dalle leggi, sia esso l'interesse primario o uno degli interessi secondari, ma è un interesse (frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa amministrazione nello svolgimento della propria attività, che si può convenire di chiamare "interesse pubblico concreto"; A. Romano Tassone, *Motivazione dei procedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 284; V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 385; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, 118 ss., secondo cui di discrezionalità, quale valutazione di interessi concorrenti tra loro, può parlarsi soltanto quando anche il privato partecipi all'emanazione dell'atto.

²⁴ F.G. Scoca, op. cit., 201. L'A. sottolinea che la soddisfazione dell'interesse privato rientra tra le finalità che l'amministrazione è tenuta a perseguire e a ciò non contrasta il fatto che la soddisfazione sia solo eventuale, dato che l'azione amministrativa deve contemporaneamente soddisfare l'interesse pubblico: interesse pubblico e interesse privato devono essere entrambi oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione, la quale deve mirare, nei limiti consentiti, a soddisfare anche i secondi. Si prende man mano atto che l'azione concreta dell'amministrazione non riguarda la soddisfazione di un interesse pubblico, astrattamente prefigurato dalla legge, bensì la realizzazione di un interesse (pubblico) concreto, la cui determinazione è il risultato dell'apprezzamento congiunto dei vari (e spesso contrastanti) interessi pubblici e degli altri interessi privati coinvolti. In definitiva, si deve sottolineare il profondo mutamento di prospettiva: l'interesse privato da

Costoro, in qualità di titolari di interessi legittimi, hanno principalmente la possibilità, ai sensi della legge n. 241 del 1990, di rappresentare e documentare il proprio interesse dinanzi all'amministrazione²⁵ (così esercitando il cosiddetto accesso partecipativo) al fine di ottenere, influenzando sull'esercizio del potere e cooperando alla corretta esplicazione del medesimo, un provvedimento favorevole o al fine di evitare eventuali pregiudizi dall'esercizio dell'azione amministrativa²⁶.

L'aspetto innovativo di tale legge va colto proprio nella generalizzazione della partecipazione, che oggi è consentita non solo ai diretti destinatari, ma anche, come vedremo meglio in seguito, a eventuali

interesse tutelato solo di riflesso (occasionalmente) e, quindi, non tutelato affatto in quanto interesse privato, diventa oggetto non solo di valutazione da parte dell'amministrazione, ma anche obiettivo di soddisfazione, ove non contrasti con l'interesse pubblico.

²⁵ I titolari dell'interesse legittimo, siano essi i diretti destinatari del potere o soggetti terzi eventualmente coinvolti, hanno una serie di poteri strumentali (e non finali, tali, cioè, da consentire senz'altro la realizzazione dell'interesse) che si possono distinguere in due categorie e cioè poteri di partecipazione al procedimento di esercizio del potere amministrativo, secondo il principio del giusto procedimento e in poteri di reazione avverso il potere esercitato (avverso gli atti nei quali il potere si esercita e attraverso i quali produce i suoi effetti), secondo il principio di azionabilità. Osserva M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 271 come l'istituto della partecipazione venga impropriamente accostato al "giusto procedimento", concepito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale con una portata più ristretta, volta a consentire ai soli soggetti privati incisi sfavorevolmente da provvedimenti dell'amministrazione, di esporre le proprie ragioni prima che il provvedimento si sia concluso. Il principio del giusto procedimento non costituisce un principio fornito di una piena garanzia costituzionale, ma rappresenta piuttosto un criterio di orientamento sia per il legislatore che per l'interprete. Invece il fondamento costituzionale della partecipazione si ricava direttamente dai principi di buon andamento e imparzialità, contenuti nell'art. 97 Cost.; cfr. anche Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, Milano, 1994; P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in Riv. Dir. pubbl., 1971, pp. 1505-1506.

²⁶ Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 1976, 98 ss., il quale dà una prima definizione "sostanziale" di interesse legittimo, definito come "*la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un'utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità*"; cfr. anche S. Cognetti, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in Riv. Dir. pubbl., 1990, 124; M.C. Romano, *L'intervento nel procedimento. La legittimazione procedimentale dei portatori di interessi diffusi*, Torino, 2016; G. Scullo, *Pianificazione amministrazione e partecipazione*, I, I procedimenti, Milano, 1984; S. Fantini, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in B. Cavallo (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, p. 85; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., 312 ss.; A. Pubusa, *procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, 246 ss.

terzi “cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento”, salvo “ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento”, nonché nelle ipotesi legislativamente previste dall’art. 13, relative a determinate tipologie di provvedimenti amministrativi che, in quanto rivolti a destinatari non determinati o non determinabili a priori, non sono sottoposte al regime partecipativo generale, ma sono affidate a eventuali disposizioni speciali²⁷.

2.1. Partecipazione e procedimenti amministrativi generali.

Nel corso di questo lavoro si farà spesso rinvio all’istituto della partecipazione nell’ambito dei procedimenti generali e ciò al fine di tentare di offrire una soluzione allo specifico problema della tutela di quei terzi coinvolti in procedimenti ad alto impatto ambientale²⁸.

Appare pertanto necessario chiarire, in primo luogo, l’ambito applicativo degli istituti della partecipazione nel corso dei procedimenti amministrativi generali, fra i quali, in particolare, quelli di pianificazione.

Al riguardo, occorre fin da ora soffermarsi su un preciso articolo contenuto all’interno della legge generale sul procedimento e cioè sull’art.

²⁷ Cfr. sul punto M.C. Romano, *L’azione amministrativa*, op. cit., 270, la quale spiega come dall’esame degli articoli sulla partecipazione emerga il carattere “compromissorio” della legge n.241/1990, cioè il bilanciamento che quest’ultima impone alle amministrazioni tra principi contrapposti: quello di garanzia (a tutela del contraddittorio) e quello della celerità e semplificazione del procedimento (a tutela dell’efficienza dell’azione amministrativa).

²⁸ In sostanza, si cercherà di dimostrare che il problema dei terzi (in particolare, dei terzi titolari di interessi di mero fatto) possa essere risolto non tanto a valle dei singoli procedimenti amministrativi (ad esempio, quelli con cui vengono autorizzati o meno determinati soggetti istanti a gestire impianti potenzialmente pericolosi per la salute), quanto a monte, da parte delle amministrazioni, cui viene imposto dal legislatore di coinvolgere, nell’ambito dei relativi procedimenti di pianificazione di quegli stessi impianti, tutti i soggetti potenzialmente interessati, affinché tutti, soggetti terzi compresi, possano essere davvero informati (via web, tramite quotidiani locali, ecc.) sulla volontà di realizzare una determinata opera che possa avere un certo impatto sul territorio, su come realizzarla e dove localizzarla e affinché tutti possano essere davvero messi nella condizione di partecipare attivamente tramite proposte, suggerimenti e osservazioni, di cui l’amministrazione stessa debba tenere conto nella successiva fase decisoria.

13, comma 1, il quale stabilisce che le disposizioni contenute nel capo III della legge n. 241 del 1990, intitolato "*Partecipazione al procedimento amministrativo*", non si applicano nei confronti dell'attività amministrativa diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

Dal momento che l'art. 13 della legge è intitolato "*Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*" ne deriva che le disposizioni del Capo III che non devono applicarsi nell'ambito dei procedimenti ivi indicati sono quelle contenute negli articoli 7, 8, 9, 10, 10-bis e 11. In particolare, tale ultimo articolo si occupa della materia degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento finale che intercorrono tra l'amministrazione e il privato. Sebbene non si rivolga dunque a disciplinare la partecipazione in senso stretto, l'art. 11 presenta tuttavia una stretta attinenza con il fenomeno partecipativo, dal momento che le fattispecie in esso contenute presuppongono e originano dalla partecipazione del privato al procedimento: di conseguenza, la disposizione in esame deve ritenersi compresa tra le esclusioni di cui all'art. 13, comma 1. L'art. 12, invece, non può ritenersi incluso tra le suddette esclusioni, in quanto lo stesso non disciplina la partecipazione al procedimento amministrativo, ma detta norme sulla necessaria predeterminazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, dei criteri e delle modalità per l'adozione di provvedimenti attributivi di vantaggi economici²⁹.

Gli atti che l'art. 13 esclude dall'ambito di applicazione dell'istituto della partecipazione sono facilmente individuabili, in quanto si tratta evidentemente di atti che non si rivolgono a determinati destinatari, ma ad una pluralità di soggetti indistinti. All'esclusione di tali atti dall'ambito di applicazione delle regole partecipative si è giunti privilegiando la funzione

²⁹A. Zito, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., 579 ss.; S. Tatti, *La nuova partecipazione al procedimento amministrativo*, Napoli, 2009, 133 ss.; Caranta-Ferraris, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000, 78 ss.; M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit. 580 ss.

di tutela anticipata dell'istituto, perché è chiaro che valorizzando la funzione collaborativa della partecipazione del privato al procedimento amministrativo, sarebbe stato opportuno emanare gli atti indicati dopo aver consentito un'adeguata partecipazione degli interessati al procedimento, considerando in particolare la loro complessità e la rilevanza degli interessi in gioco. Inoltre, dalla partecipazione al procedimento deriverebbe un notevole rallentamento dell'azione amministrativa, sicché la deroga trova giustificazione nel bilanciamento delle contrapposte esigenze che caratterizzano il procedimento amministrativo³⁰.

Peraltro, non tutti i procedimenti che rientrano in astratto nelle suddette categorie risultano sterilizzati dal punto di vista partecipativo. Riguardo agli atti pianificatori, ad esempio, la dottrina è solita fare delle distinzioni. Per alcuni atti generali, in particolare i piani attuativi di scelte discrezionali adottate a monte (ad esempio i piani di zona o di lottizzazione di iniziativa pubblica), è possibile identificare subito i soggetti interessati e, pertanto, in tali casi devono applicarsi gli istituti partecipativi, tra cui, in primo luogo, l'obbligo di comunicare loro l'avvio del procedimento. Al contrario, con riferimento ai piani regolatori generali, ai piani di fabbricazione, a quelli particolareggiati e a quelli di localizzazione di discariche per rifiuti, poiché fanno riferimento a soggetti che risulta difficili da identificare, vanno eseguite apposite pubblicazioni per garantire certe forme di partecipazione³¹.

Secondo la giurisprudenza, nei confronti dell'atto di programmazione generale dell'assetto da dare al territorio, non è deducibile la violazione del diritto di partecipazione al procedimento, atteso che gli atti programmatori

³⁰ M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 273 ss.; R. Proietti, *La partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Codice dell'Azione amministrativa*, M.A. Sandulli (a cura di), op. cit., 60 ss.; F. Caringella, *Il procedimento amministrativo: commento organico alla legge n. 241/1990*, Napoli, 2002; S. Cassese, *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, II, Padova, 1997, 77 ss.

³¹ I. Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della p.a. nell'ordinamento amministrativo innovato dalla legge n. 241/1990 e dalle leggi di riforma successive*, Padova, 2001, 170 ss.; F. Mariuzzo, *Commento all'art. 7 l. n. 241/90 in Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, (a cura di) Italia-Bassani, Milano, 1991, 133 ss.; M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, 33 ss.

sfuggono alle rigide prescrizioni di cui agli artt. 7 e segg.

È stato, altresì, precisato che, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990, l'adozione di una variante al piano regolatore generale, in quanto provvedimento di pianificazione, non deve essere necessariamente preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento nei confronti dei soggetti interessati, a meno che la variante concerna l'esecuzione di una singola opera pubblica localizzata sopra un'area ben individuata, poiché in tale caso l'avviso andrà inviato in coerenza coi principi generali sul procedimento, non venendo in tale ipotesi in considerazione un autentico atto di pianificazione o programmazione del territorio³².

L'art. 13, comma 1, è stato oggetto di critiche, fin dai primi momenti della sua emanazione. L'esclusione della partecipazione dall'ambito dei procedimenti rivolti all'adozione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, proprio nel momento in cui per la prima volta si introduceva in via generale l'istituto della partecipazione, fu valutata negativamente da gran parte della dottrina³³.

A ben vedere, tale esclusione riguarda la partecipazione disciplinata dagli artt. 7 e segg. della legge n. 241 del 1990, cioè il modello di partecipazione incentrato sul contraddittorio scritto tra l'amministrazione procedente e i soggetti legittimati a partecipare. All'esclusione si accompagna però la previsione che per i procedimenti ivi indicati restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione. Dunque, se queste ultime prevedono la partecipazione, tale istituto potrà operare anche nell'ambito dei procedimenti diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione. Pertanto, la partecipazione ai procedimenti suddetti è in ultima analisi affidato alla scelta del legislatore³⁴.

³² *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2004.

³³ C.E. Gallo, *La partecipazione al procedimento*, in *Aa. Vv. Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 63 ss.; R. Proietti, *La partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Codice dell'Azione amministrativa*, op. cit. 75 ss.

³⁴ M. A. Sandulli, op. cit., 589 ss.

Si è detto delle critiche avanzate da gran parte della dottrina fin dai primi momenti dell'adozione dell'art. 13 in esame. In realtà, una tale esclusione non manca anche di giustificazioni. In dottrina sono state indicate ragioni diverse in relazione a ciascuna tipologia cui il suddetto art. 13 fa riferimento³⁵, ma una può essere indicata come giustificazione onnicomprensiva. I procedimenti cui rinvia l'articolo in esame presentano, infatti, una caratteristica in comune: essi sono destinati a concludersi con atti e provvedimenti non aventi, salvo eccezioni, un contenuto puntuale e specifico, incidente, cioè, su specifiche posizioni soggettive facenti capo a soggetti ben determinati. Invece, il modello di partecipazione delineato dagli artt. 7 e segg. riguarda procedimenti in cui si confrontano l'interesse pubblico e gli interessi legittimi pretensivi ed oppositivi dei soggetti privati che possono essere intercettati e lesi dall'azione amministrativa. La partecipazione è incentrata, dunque sulla contrapposizione di interessi che, almeno a livello potenziale, possono divergere ed in ultima analisi risultare sacrificati ovvero non soddisfatti dalla decisione finale³⁶.

Una delle questioni che si è posta con riferimento all'ambito di applicazione dell'articolo in commento è quella di comprendere se, in assenza di una normativa che prevede forme di partecipazione in relazione ai procedimenti esclusi dal campo di applicazione del capo III della legge n. 241 del 1990, siano automaticamente applicabili le previsioni di cui agli artt. 7 e segg. della predetta legge. Sarebbe cioè lecito, in tali casi, riconoscere alle disposizioni di cui agli artt. 7 e segg. una *vis expansiva* in presenza di lacune relative alla garanzia della partecipazione?

Al riguardo, si precisa che parte della giurisprudenza risulta favorevole a riconoscere tale *vis expansiva*, perlomeno con riferimento agli atti amministrativi generali e ciò in base alla considerazione che quanto previsto

³⁵ E. Castorina, Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo, Dir. proc. amm., 1994, 40 ss.

³⁶ Emerge, pertanto, dalle considerazioni sopra delineate, che l'art. 13, comma 1, limita l'applicazione di norme (quelle contenute negli artt. 7 e segg.) che riconoscono specifiche pretese in capo ai destinatari dell'azione amministrativa. Dunque, la portata della disposizione, di cui al suddetto articolo 13, comma 1, non tollera interpretazioni basate su criteri ermeneutici di tipo estensivo o analogico. Cfr. sul punto M.A. Sandulli, Codice dell'azione amministrativa, op. cit. 587 ss.

dall'art. 13 non vale in modo assoluto, dal momento che il legislatore, per mezzo delle esclusioni previste nel suddetto articolo, ha inteso evitare unicamente una duplicazione del contraddittorio tra pubblica amministrazione e soggetti privati³⁷. Tale orientamento non è condiviso dalla maggior parte della dottrina³⁸, la quale fa notare come la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato³⁹ non riconosce all'istituto della partecipazione rilevanza costituzionale e, pertanto, risulterebbe difficile sostenere che, ove vi siano normative che disciplinano i procedimenti amministrativi indicati nell'art. 13, comma 1, in cui non sia prevista la partecipazione ai medesimi, si possa affermare l'automatica applicazione di cui agli artt. 7 e segg.

I maggiori dubbi riguardano, come sopra accennato, proprio i procedimenti di pianificazione. Sebbene l'art. 13 individui le categorie di procedimenti ai quali non si applicano le norme di cui agli artt. 7 e segg. non sempre risulta facile l'individuazione in concreto delle ipotesi in cui la disposizione è destinata a trovare applicazione. Ciò in quanto vi possono essere procedimenti che, pur potendo in astratto rientrare (sotto il profilo funzionale o secondo il *nomen juris*) nell'ambito delle categorie indicate nell'art. 13, comma 1, tuttavia si concludono con una pluralità di decisioni aventi contenuto puntuale e suscettibili di ledere la posizione giuridica del destinatario. In tali casi, la giurisprudenza ritiene di dover garantire la partecipazione nelle forme e modalità di cui agli artt. 7 e segg. negando agli stessi procedimenti e ai relativi atti conclusivi la natura giuridica di pianificazione territoriale, dal momento che sono suscettibili di ledere in

³⁷ Cons. St., IV sez, 24 ottobre 2004, n. 5720; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 3 aprile 2006.

³⁸ Notevoli sono stati, a partire dagli anni Settanta, gli sforzi da parte della dottrina nel cercare di attribuire alla partecipazione una certa rilevanza costituzionale. Talora, il fondamento costituzionale è stato ricercato nell'art. 24 Cost., ora nell'art. 97, ora nello stesso art. 1, in cui è fissato il principio della sovranità popolare. Cfr. sul punto U. Allegretti, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, 33 ss.; G. Morbidelli, *partecipazione e accesso al procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, (a cura di) Mazzaroli - Pericu-Romano - Roversi Monaco - Scoa, Bologna, 2005, IV ed., I, 528 ss.

³⁹ In particolare, *ex multis*, cfr. Cons. St., VI, 24 agosto 1996, n. 1072.

modo specifico e puntuale la posizione di determinati soggetti⁴⁰.

2.2. Procedimento amministrativo tra partecipazione e contraddittorio.

Il procedimento amministrativo ha origine nei Paesi di common law inglese. La giurisprudenza dei giudici inglesi, fin dal XVII secolo, stabilisce il principio secondo cui l'amministrazione, prima di prendere una decisione, deve seguire una procedura che dia la possibilità ai soggetti privati di far sentire la loro voce (*right to be heard*). Nella concezione liberale inglese, l'amministrazione agisce secondo giustizia pur nell'esercizio di un potere autoritativo⁴¹.

Al contrario, secondo la concezione francese, l'amministrazione adotta la sua decisione senza necessità di sentire preventivamente gli amministrati. Non ci sarebbe spazio, pertanto, per il procedimento amministrativo né per la partecipazione dei soggetti interessati. Esiste il provvedimento avverso il quale il soggetto privato può reagire solo successivamente con il ricorso giurisdizionale.

Tutti i Paesi dell'Europa continentale hanno a lungo seguito l'orientamento francese. Infatti, le prime leggi sul procedimento, con i relativi istituti partecipativi, hanno iniziato a fare cenno nell'ambito dell'esperienza euro - continentale soltanto a fine Ottocento.

Alla formazione della nozione di procedimento amministrativo ha contribuito non poco l'elaborazione dottrinale seguita all'emanazione in Austria della legge del luglio 1925 sul procedimento amministrativo, di importanza fondamentale nell'esperienza giuridica degli Stati contemporanei. Secondo molti autori, la nascita dell'istituto del

⁴⁰ In particolare, Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3760; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2006, n. 1236.

⁴¹ M. D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2019, 11 ss.

procedimento amministrativo sembra risalire proprio al 1925⁴².

Mentre in Italia il procedimento amministrativo, verso la fine del diciannovesimo secolo, era ancora confinato nel limbo dell'irrilevante giuridico, la giurisprudenza austriaca andava elaborando una serie di principi vincolanti l'attività amministrativa, in ciò spinta dalla legge che affidava al Supremo Tribunale amministrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) la funzione di annullare i procedimenti emanati senza seguire le forme essenziali della procedura amministrativa. Nel 1896, infatti, la dottrina, tenendo conto dei risultati di quella giurisprudenza, modellava il procedimento di formazione degli atti amministrativi secondo gli schemi del processo giurisdizionale. Sotto l'influsso dell'elaborazione dottrina e giurisprudenziale, nel 1925 l'Austria venne a dotarsi di un compendio organico di quattro leggi sul procedimento (legge di introduzione, legge generale, legge amministrativa penale, legge sull'esecuzione amministrativa)⁴³.

Tale legislazione austriaca presenta una connotazione paragiurisdizionale: contiene norme sulla competenza, sulle parti, sulla redazione dei verbali, sulle notificazioni, sui termini dell'istruttoria, sul contenuto e sulla forma dei provvedimenti e anche sulla riproduzione del procedimento e sulle spese dello stesso.

L'idea di fondo sottesa alla legislazione austriaca è che la funzione statale demandata alla amministrazione costituisce una concretizzazione della legge e pertanto non vi è una differenza essenziale tra essa e la giurisdizione: al pari della sentenza, il provvedimento pone una norma individuale, anche se si distingue dalla sentenza per maggiore libertà di decisione. È importante rilevare che la teoria della assimilazione tra

⁴² F. Tedeschi, voce "procedimento amministrativo", in Enc. del diritto, Milano, 1986, XXXV, 872 ss., che descrive la sentita esigenza di codificare l'attività delle diverse pubbliche amministrazioni incidenti sulla sfera giuridica del cittadino. Questi evidenzia come la prima ad essere proceduralizzata fosse stata l'attività giurisdizionale; poi, seguì l'attività diretta alla formazione degli atti normativi.

B. Sordi, Diritto amministrativo, in Dig. it. disc. pubbl., V, Torino, 1990, 11 ss.

⁴³ B. Sordi, Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra, Milano, 1987, 198 ss.

giurisdizione e amministrazione reca con sé la trasposizione nella seconda delle garanzie tipiche della prima. Non solo il contraddittorio, le formalità, la motivazione, ma anche l'indipendenza e l'imparzialità dell'amministrazione; e nel contempo, sottopone l'amministrazione *quam maxime* al controllo della legge, in netta contrapposizione con la dottrina della libertà dell'amministrazione, nata nella monarchia costituzionale, e secondo cui ciò che non era espressamente previsto dalla legge era nei poteri liberi dell'amministrazione⁴⁴.

Sicché la estrema procedimentalizzazione disposta dalle leggi austriache ha un significato costituzionale ben preciso: tanto più complessa e minuziosa è la regolamentazione del procedimento, tanto maggiore è la portata del principio di legalità (sancito dall'art. 18 della Costituzione del 1929), per cui il procedimento funge da garanzia del primato del Parlamento. E se pure sentenza e provvedimento non possono essere assimilati, resta tuttavia la feconda idea di sottoporre l'amministrazione a regole dettagliate di garanzia, volte ad avvicinare l'amministrazione agli amministrati e a ridurre la carica di autoritarità degli atti amministrativi. Il procedimento si incunea all'interno del potere e ne modifica la struttura autoritaria e unilaterale: sicché il formalismo del procedimento amministrativo è un esempio luminoso di limitazione del potere⁴⁵.

Il fine cui tende siffatto modello austriaco (detto anche modello processuale) è principalmente la tutela della legalità, piuttosto che la tutela dei privati, pertanto il fine garantista assume una connotazione meramente formale. In tale modello, l'amministrazione esercita il potere conferitole,

⁴⁴ Per un panorama comparatistico del procedimento amministrativo v. S. Cassese, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 24 ss.;

⁴⁵ B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra*, cit., 202 ss.

In particolare, il modello austriaco del 1925, definito anche modello processuale, considera il procedimento come un'anticipazione del processo, che vede l'attività amministrativa come un corollario dell'attività giurisdizionale. Entrambi i tipi di attività sopra menzionati sarebbero finalizzati ad una mera esecuzione della legge, e così come la sentenza rappresenta l'atto conclusivo del processo, il provvedimento amministrativo è il frutto di un'attività prodromica al processo, anch'essa di stampo processualistico. Sul punto, v. anche F. Merloni, *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2016, 253 ss.

facendo uso di regole tecniche e di buona amministrazione, senza che ci sia l'esigenza di sentire gli interessati. È nel procedimento di formazione delle legge semmai che si devono assicurare occasioni di rappresentanza degli interessi, sia ai fini di garanzia che di influenza positiva delle decisioni da assumere⁴⁶.

Eppure già nella legge austriaca del 1925 non era estranea la rappresentanza degli interessi. Infatti, nel modello austriaco prima e in quello tedesco dopo è molto forte l'idea che con la partecipazione al procedimento l'interessato possa difendere anticipatamente i propri interessi, rappresentandoli nelle diverse fasi in cui l'amministrazione forma la sua decisione⁴⁷.

Nel secondo Novecento, il procedimento amministrativo inizia a diffondersi anche aldilà dell'Europa. Si pensi, come meglio sarà approfondito in seguito, alla legge statunitense del 1946 (*Administrative Procedure Act* - APA), nata come reazione all'eccessivo potere discrezionale lasciato nelle mani delle Agenzie amministrative. Infatti, tale legge servì giustappunto ad attenuare quel potere discrezionale, riconoscendo agli amministrati il *right to be heard*, cioè la possibilità di presentare le proprie osservazioni, prima che la decisione amministrativa venisse adottata. Come sarà spiegato nel prosieguo, le radici dell'APA affondano nel New Deal, che portò alla moltiplicazione degli enti federali e all'intervento delle amministrazioni in larghi strati dell'attività sociale ed economica, e dunque a continue interferenze sui diritti dei cittadini, fino ad allora regolati solo da norme di diritto privato. Il che determinò l'esigenza di porre regole all'attività di tali amministrazioni, in quanto la mancanza di uno Stato amministrativo dava ad esse ampie libertà e scarsissimi controlli. Tanto più che il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa era all'epoca largamente carente⁴⁸.

Si potrebbe dire che, mentre in Austria la legge sul procedimento

⁴⁶ F. Merloni, Istituzioni di diritto amministrativo, op. cit., 266 ss.

⁴⁷ M.P. Chiti, Diritto amministrativo europeo, IV ed., Milano, 2018, 318 ss.

⁴⁸ J. Mashaw, Due process in the Administrative State, New Haven, 1985, 10 ss.

nasceva dall'esigenza di dare ordine e funzionalità a un'attività amministrativa già però radicata nello Stato, negli Stati Uniti nasceva dall'esigenza di ricondurre sotto lo Stato la stessa attività, oltre che da quella di evidenziare pubblicamente gli interessi (sociali ed economici) che incombono sulle decisioni amministrative e che le condizionano⁴⁹.

Anche la legge U.S.A., come quella austriaca, è connotata da uno stampo processuale, in quanto la prima è esplicitazione della clausola del "*due process of law*", sancita dal V e dal XIV emendamento della Costituzione⁵⁰.

È largamente affermato, nell'ambito della dottrina americana, che la correttezza delle procedure appartiene all'essenza stessa della libertà e che le esigenze garantistiche impongono un'istruttoria con ampia partecipazione dei privati (*hearing*)⁵¹.

In Italia, per quanto mancasse ancora una legge sul procedimento, non per questo difettava una disciplina sul procedimento: ed era quella creata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Così era anche in Francia, dove lo svolgersi dell'attività amministrativa era disciplinato da principi elaborati dalla giurisprudenza; così pure in Inghilterra, dove, attraverso la "*judicial review*" delle decisioni dei pubblici poteri si è formato un *corpus* organico di regole dell'azione amministrativa⁵².

Le leggi generali sul procedimento amministrativo, con i relativi istituti partecipativi, si diffonderanno in tutta Europa soltanto tra la metà e la fine del ventesimo secolo. In quegli anni forme allargate di partecipazione, dapprima previste solo da qualche legge speciale, iniziano ad essere ammesse in termini generali dalle varie leggi sui procedimenti

⁴⁹ M. Shapiro, *Two Transformations in Administrative Law: American and European?*, *The Europeanisation of Administrative Law*, a cura di K.H. Ladeur, Dartmouth, 2002, 10 ss

⁵⁰ G. Arena, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 280 ss.

⁵¹ G. Arena, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo*, 1976, cit., 271.

⁵² Y. Gaudemet, *La codification de la procedure administrative non contentieuse*, Paris, 1968; M.P. Chiti (a cura di), *cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990, 167 ss.; R.A. Mac Donald, *Judicial Review and procedural fairness in Administrative Law*, in *Macjill Law Journal*, 1980, 510 ss.

amministrativi (si rammenta che negli Stati Uniti tali forme allargate di partecipazione erano state previste molto prima rispetto all'Europa).

Ciò detto, occorre fin da ora chiarire che il principio della partecipazione non deve essere confuso con quello del contraddittorio⁵³, che invece nasce e si sviluppa nel diritto processuale. L'elemento comune ai due principi è la garanzia data alla "voce" dell'amministrato⁵⁴, mentre la differenza sta nel fatto che il contraddittorio interviene in procedimenti amministrativi di tipo processuale, che somigliano molto a procedure giurisdizionali e che coinvolgono, in alcuni casi, l'amministrazione e un soggetto privato, come accade nel procedimento disciplinare, oppure, in altri casi, più soggetti privati che intervengono con interessi contrapposti, mentre l'amministrazione non è parte, ma soggetto terzo in posizione quasi-giudicante, come accade nel procedimento antitrust davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁵⁵.

In Italia, il principio della partecipazione, come è già stato puntualizzato nelle pagine precedenti, soffre un limite rilevante, in quanto la legge n. 241

⁵³ Come rammenta R. Garofoli, in *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Roma, 2012-2013, tra i principi che reggono l'azione amministrativa viene in rilievo il principio del contraddittorio, che impone all'amministrazione, prima dell'adozione di un provvedimento individuale sfavorevole, di ascoltare l'interessato, riconoscendogli la possibilità di far valere le proprie ragioni. Il principio è diffusamente applicato dalla giurisprudenza comunitaria in materia di provvedimenti disciplinari nei confronti dei dipendenti e di sanzioni conseguenti alla violazione delle norme poste a tutela della concorrenza. Lo stesso A. sottolinea come nell'ordinamento interno, invece, lo stesso principio sia stemperato nel più ampio principio del giusto procedimento, che implica la necessità di riconoscere: la possibilità agli interessati e ai controinteressati all'emanazione di un determinato provvedimento di partecipare al procedimento preordinato alla sua emanazione; il diritto di accesso ai documenti amministrativi; l'obbligo di motivazione dei provvedimenti; la ragionevole durata del procedimento.

Un'apertura del procedimento amministrativo ad un più autentico esplicarsi del contraddittorio si è invece avuta a seguito dell'introduzione dell'art. 10-bis, legge n. 241 del 1990 e dell'obbligo del preavviso di rigetto, sollecitando così eventuali controdeduzioni. Maggiormente ispirate al principio del contraddittorio sono poi le discipline riguardanti l'attività delle singole autorità indipendenti; il che, peraltro, si spiega in considerazione della loro connotazione neutrale, e non semplicemente imparziale.

⁵⁴ M. D'Alberti, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione a procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000. Per approfondimento v. *infra* pagg. 41 ss. V. anche S. Cognetti, *La quantità e la qualità della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 200, 67 ss.

⁵⁵ M. D'Alberti, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione a procedimenti amministrativi*, op. cit., 8.

del 1990 esclude l'applicabilità delle garanzie partecipatorie da essa previste ai procedimenti ad effetti generali, per i quali valgono, invece, le relative norme speciali (art. 13). Si tratta di procedimenti rivolti ad un insieme indeterminato di destinatari (ad esempio, i piani urbanistici, che riguardano tutti i soggetti che insistono su un territorio). Pertanto il principio della partecipazione vale soltanto per i procedimenti particolari, che si rivolgono a uno o più destinatari determinati (si pensi ai procedimenti volti al rilascio delle autorizzazioni e delle concessioni o alle espropriazioni)⁵⁶.

La partecipazione viene ormai annoverata tra i principi fondamentali del diritto europeo. Il principio della partecipazione, infatti, già affermato dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU, viene adesso richiamato anche dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (adottata a Nizza nel dicembre 2000 e a cui è stato riconosciuto da parte dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea lo stesso valore giuridico dei Trattati) che testualmente prevede "il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento che gli rechi pregiudizio [...]"⁵⁷.

La partecipazione, in particolare, assolve non solo a una funzione difensiva, tale cioè da permettere ai soggetti privati la rappresentazione in contraddittorio dei propri interessi, potenzialmente confliggenti con quelli dell'amministrazione procedente, al fine di tutelare il proprio interesse, influenzando sulla determinazione finale⁵⁸, ma anche a una funzione

⁵⁶ In altre esperienze giuridiche tale limite non sussiste. Ad esempio, negli Stati Uniti d'America l'*Administrative Procedure Act* applica le garanzie di partecipazione tanto ai procedimenti particolari quanto ai procedimenti generali e analoga soluzione è seguita nell'ordinamento comunitario, ove il principio di partecipazione ha una portata applicativa molto estesa.

⁵⁷ M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 271. L'A. precisa che a partire dal Trattato di Lisbona la partecipazione diviene gradualmente una regola procedurale di svolgimento dell'azione amministrativa, anche a livello dell'Unione, con la conseguenza di qualificare in termini differenti il rapporto tra cittadino europeo e istituzioni comunitarie, fornendo effettiva tutela alle situazioni individuali pregiudicate dallo svolgimento della funzione amministrativa.

⁵⁸ Cfr. De Benedetto M., *Partecipazione* [dir. amm.], in Treccani, *Diritto on line*, 2015; dello stesso A., *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008, 53 ss.; dello stesso A. cfr. anche, *Istruttoria*, in Treccani *on line*, 2011. Cfr. altresì Della Cananea G., *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli,

collaborativa, in quanto tali soggetti fornirebbero all'amministrazione gli elementi istruttori necessari per la migliore definizione dell'interesse pubblico concreto⁵⁹. Tali funzioni possono essere declinate in relazione a diversi tipi procedimentali: la funzione difensiva, altrimenti detta di "tutela anticipata" sarebbe propria dei procedimenti produttivi di effetti limitativi della sfera giuridica dei destinatari, mentre la funzione collaborativa meglio si attaglierebbe ai procedimenti ad istanza di parte, suscettibili di produrre effetti favorevoli nella sfera giuridica dei destinatari⁶⁰.

La funzione garantista della partecipazione si esplicherebbe nel permettere ai soggetti privati la rappresentazione in contraddittorio dei propri interessi, potenzialmente configgenti con quelli dell'amministrazione procedente, al fine di influire sulla determinazione finale dell'autorità amministrativa. Tale impostazione è passata in generale da una prospettiva volta ad evidenziare la forte contrapposizione tra interesse pubblico e

2007, 81; Ledda F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 142.

Trimarchi, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni nell'amministrazione*, Milano, 1988, 107 ss.; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 7-10/1970, 106; F. Trimarchi, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 627 ss.; cfr. sul punto anche M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 272, la quale spiega come questa prima lettura della partecipazione viene efficacemente riportata ad una funzione di "tutela anticipata" delle situazioni giuridiche soggettive, che svolgerebbe nei confronti di coloro che partecipano al procedimento, riducendo così il rischio di successive impugnazioni del provvedimento finale. Cfr. anche A. Carbone, op. cit., 23 ss. dove si riconosce pacificamente all'amministrazione il suo ruolo di superiorità sul piano decisorio e che pertanto, proprio in relazione a tale superiorità, il contraddittorio si atteggia in termini diversi da quelli propri del processo giurisdizionale.

⁵⁹ M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 273. In particolare l'A. precisa che l'istituto della partecipazione viene considerato funzionale alla realizzazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, quali parametri che indirizzano la formazione della scelta discrezionale. Cfr. sul punto anche P. Lazzara, *L'azione amministrativa e il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli-Roma, 2006, 396 ss.; G. Morbidelli, *Il principio del procedimento e R. Scarciglia, La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa*, entrambi in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006; G. Carlotti, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Padova, 2005; M. D'Alberti, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione a procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; M.A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000.

⁶⁰ M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 274.

interessi privati a una diversa prospettiva che evidenzia invece l'aspetto di piena parità tra le parti nella rappresentazione degli interessi al fine della determinazione della decisione finale, per arrivare anche a sostenere, in taluni casi, che l'esercizio dell'azione amministrativa si porrebbe in un'ottica di tendenziale codecisione attraverso la partecipazione del privato al farsi della decisione amministrativa. Logica conseguenza di questa impostazione è la strutturazione del procedimento come processo⁶¹ e la configurazione di un rapporto procedimentale tra le parti, pubbliche e private⁶².

Aderisce a tale impostazione la tesi di chi, nell'affermare la natura dei diritti soggettivi delle pretese partecipative, ha configurato una peculiare scansione dell'azione amministrativa, idonea ad incidere sulla natura del procedimento e sulla funzione in esso esercitata dal privato⁶³.

La tesi, che nella configurazione delle pretese partecipative come diritti soggettivi è tributaria a quella dottrina che aveva configurato come tale il diritto al provvedimento⁶⁴, rende rilevante la fase del procedimento relativa al confronto dialettico tra le parti, isolandola dalle altre ed elevandola a momento in cui avviene la determinazione della decisione; in questo modo, viene valorizzato l'aspetto conflittuale del procedimento, inteso nel senso sopra riferito⁶⁵.

Tale tesi è stata sottoposta a critiche, sul presupposto che la decisione finale rimane comunque riservata all'amministrazione, non solo dal punto di vista formale, ma anche sotto il profilo sostanziale, atteso che "solo

⁶¹ Cfr. G. Pastori, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e Soc.*, 1996, II, 480 ss., che parla di "riconoscimento del necessario carattere rappresentativo e partecipato del procedimento come processo decisionale, mentre configura, per il caso degli accordi, una forma di codecisione in senso proprio.

⁶² M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 163 ss.; F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2003, 130 ss.; M. Renna, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 566 ss.; S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Padova, 2007, 77 ss.

⁶³ A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

⁶⁴ A. Zito, *op. cit.* 130 ss.

⁶⁵ A. Carbone, *Il contraddittorio endoprocedimentale, ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, 32.

all'amministrazione spetta stabilire la regola del giudizio e l'ordine di prevalenza fra i vari interessi in gioco⁶⁶. E infatti, la tesi sopra descritta, così come le altre che hanno tentato di strutturare il procedimento amministrativo valorizzando il contraddittorio tra le parti, reso possibile da una partecipazione attiva dei soggetti interessati, rivelano tutte una debolezza, legata appunto al fatto che la decisione finale è comunque assunta dall'amministrazione⁶⁷.

A ben vedere, infatti, sarebbe improprio parlare di vero e proprio contraddittorio, considerato che tra le parti, pubbliche e private, non vi è parità. Resta comunque salva la possibilità per il privato di rappresentare in contraddittorio i propri interessi e di influire in tal modo sulla determinazione dell'amministrazione; tuttavia, si riconosce a quest'ultima, senza attenuazioni, il suo ruolo di superiorità sul piano decisorio e, in relazione ad esso, si precisa come il contraddittorio si atteggi in termini diversi da quelli propri del processo giurisdizionale⁶⁸.

Appare opportuno, pertanto, valutare se la prospettiva interpretativa della partecipazione improntata al principio della collaborazione possa apportare spunti particolari alle considerazioni fin qui effettuate, o se sia addirittura idonea a fornire un quadro più efficace di quello appena delineato⁶⁹.

Sul punto, occorre poi considerare che, mentre all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 l'indirizzo maggioritario era orientato a inquadrare la partecipazione nei modelli propri dell'ottica garantistica, nel periodo successivo (tra la fine degli anni '90 e il primo decennio del 2000) è stata invece l'ottica collaborativa ad aver trovato maggiore riscontro.

⁶⁶ A. Carbone, op. cit., 34 ss.

⁶⁷ A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 53 ss.

⁶⁸ F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1997, 233 ss.; *Il Principio del contraddittorio nel diritto amministrativo*, Parte terza: profili processuali, in *Cons. Stato*, 2004, n. 3, 721 ss.; F. Merusi, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 1985, n.1, 5 ss.; F. Soca, *Il principio del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura dello stesso, II ed., Torino, 2006, 10 ss.

⁶⁹ A. Carbone, op. cit., 22 ss.

La funzione collaborativa della partecipazione è stata sostenuta da coloro i quali, non condividendo l'impostazione per cui il procedimento amministrativo si sarebbe venuto a strutturare come un processo, hanno evidenziato come il ruolo dell'amministrazione sia ancora preminente nell'esercizio del potere pubblico, non giustificando le costruzioni paritetiche più avanzate⁷⁰.

Infatti, l'impossibilità di accomunare procedimento e processo, se non sotto un profilo generico, si riflette nell'impossibilità di accomunare il contraddittorio processuale a quello procedimentale, se non sotto un profilo generico. Le parti del procedimento, infatti, non sono mai in posizione paritetica, perché l'autorità decidente è al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore; è, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interesse pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa; mentre, perché vi sia pariteticità effettiva, l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza rispetto alle parti. La mancanza di parità tra autorità decidente e privato sarebbe tale, dunque, che di contraddittorio potrebbe parlarsi nel procedimento soltanto in maniera atecnica⁷¹.

Corollario di tale impostazione è che di contraddittorio potrebbe invece parlarsi in senso tecnico soltanto in relazione ai procedimenti di natura giustiziale, cioè a quei procedimenti aventi ad oggetto un'attività prettamente contenziosa svolta da un soggetto imparziale, indipendente e neutrale rispetto alle parti (funzione giustiziale in senso proprio, appunto, la cui emersione in questi termini si è avuta a partire dall'istituzione delle

⁷⁰ F. Fracchia, Manifestazione di interesse del privato e procedimento amministrativo, in *Dir. amm.*, 1996, 20 ss.; E. Casetta, Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, in *Dir. amm.*, 1993, 8 ss.; M. Occhiena, Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo, Milano, 2002, 336 ss.

⁷¹ A. Sandulli, Il procedimento amministrativo, Milano, 1940, 933 ss.; A. Pajno, L'esercizio di attività in forme contenziose, in S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 118 ss.; cfr. sul punto anche S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 316 ss., secondo il quale il contraddittorio non sempre si viene a verificare, né potrebbe dirsi che i contraddittori siano su un piano di parità, né ancora potrebbe parlarsi di terzietà dell'autorità procedente.

Autorità amministrative indipendenti⁷².

Un differente indirizzo, invece, ritiene che di contraddittorio possa parlarsi anche in relazione al procedimento, ma esso andrebbe comunque correlato alla circostanza che l'amministrazione è in una posizione di supremazia nella fase di adozione della decisione⁷³. Ai sensi dell'art. 10 della legge n. 241 del 1990, infatti, si realizzerebbe un contraddittorio imperfetto, in quanto le parti non si troverebbero in posizione paritetica nel momento decisorio, e ciò non accade neanche ai sensi dell'art. 10 bis (preavviso di rigetto); il modello della partecipazione a contraddittorio perfetto sarebbe invece quello previsto dall'art. 11, in relazione agli accordi amministrativi⁷⁴.

Occorre, peraltro, precisare che, pur esplicando la partecipazione una funzione difensiva o collaborativa, il fine ultimo cui tendono i soggetti privati⁷⁵ attraverso la loro partecipazione non è certamente quello di mera collaborazione con l'amministrazione, né tantomeno quello di esigere da parte di quest'ultima il rispetto della legittimità durante l'esercizio del potere (se non per esserne avvantaggiati, ancorché mediamente); proprio la nozione di legittimità ha acquistato nel tempo sempre maggiore importanza fino a divenire l'oggetto della tutela dei privati dinnanzi all'amministrazione; tanto che l'interesse legittimo è stato a più riprese definito come interesse alla legittimità dell'*agere* amministrativo⁷⁶. Soltanto dopo molti decenni, e precisamente verso la fine degli anni '80, si è preso

⁷² Per tutti cfr. A. Carbone, op. cit., 42 ss.

⁷³ F.Frigorilli, Il contraddittorio nel procedimento amministrativo, op. cit., 250 ss.; L. Migliorini, La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo, in B. Cavallo (a cura di), Procedimento amministrativo e diritto di accesso, Napoli, 1993, 82 ss.

⁷⁴ E. Frediani, Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto, in Dir. Amm., 2005, 1003 ss.; F. Merusi, Le avventure del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo, in F. Merusi, A. Fioritto, G. Ciaglia, V. Giomi, A. Bertani, Lezioni sul procedimento amministrativo, Pisa, 2009, 32 ss.

⁷⁵ Con l'espressione "soggetti privati", lo ribadiamo, intendiamo non sono i destinatari diretti dell'azione amministrativa, ma anche i soggetti terzi che ne possono essere coinvolti, visto che, come chiariremo in seguito, l'istituto della partecipazione è stato concepito dal legislatore anche in relazione agli interessi dei terzi.

⁷⁶ Dalle novità legislative e giurisprudenziali del primo decennio del XX secolo e dalle ricerche dottrinali esce "malconcia", secondo B. Sordi, "Interesse legittimo", op. cit., 729, la nozione di interesse legittimo.

atto che i soggetti destinatari dell'esercizio del potere amministrativo non intendono tanto difendere la legittimità dell'azione amministrativa, che è anzi per loro del tutto indifferente, quanto invece orientare l'amministrazione verso scelte (di merito) a loro favorevoli⁷⁷.

3. Stadi evolutivi della tutela amministrativa dei terzi. Dalla metà dell'800 sino ai giorni nostri.

3.1 In Europa.

Si è accennato fin dalle prime pagine di questo capitolo che i terzi sono genericamente coloro che sono toccati a causa di una *vicinitas* o di un contatto ideal-relazionale più o meno intenso, dall'azione dell'amministrazione, pur non essendone i principali destinatari.

Chiarito ciò, occorre precisare che la tutela dei terzi, qui intesi come figura generale, ha subito, più o meno parallelamente a quella del destinatario diretto del provvedimento, un certo processo evolutivo nel corso della storia del diritto amministrativo. Per chiarire tale evoluzione è indispensabile esaminarla in concomitanza con gli sviluppi che hanno interessato il procedimento amministrativo.

In particolare, nella fase storica che va dalla metà dell'800 al primo ventennio del XX secolo in tutta Europa prevaleva lo statalismo di derivazione tedesca. In quel periodo storico la posizione soggettiva del destinatario e quella del terzo potremmo definirle allineate, perché entrambe prive di consistenza sostanziale e occasionalmente protette sul piano processuale: l'interesse individuale veniva tutelato solo in via indiretta, come riflesso dell'interesse oggettivo alla legalità dell'azione amministrativa. Lo Stato era al centro del sistema e l'interesse del singolo

⁷⁷ Cfr. sul punto F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, op. cit., 408, il quale precisa che la legittimità è sì il limite della tutela, ma solo in sede processuale; fuori dal processo le facoltà procedurali dei privati sono finalizzate a che costoro ottengano, nei procedimenti su istanza di parte, provvedimenti favorevoli o evitino, nei procedimenti d'ufficio (o su istanza dei controinteressati), provvedimenti per loro pregiudizievoli.

era in esso assorbito⁷⁸.

Secondo le prime concezioni del diritto pubblico, infatti, la volontà dello Stato era completamente anteposta a quella del singolo, ossia l'interesse pubblico all'interesse privato. Gradualmente, in Germania (e più tardi anche in Italia) si è rafforzata sempre di più tale idea, fino a concepire lo Stato come un ente non solo titolare di diritti e di doveri, ma rappresentante la totalità del popolo⁷⁹.

In particolare, lo Stato di fine ottocento era concepito, nella giuspubblicistica tedesca, come "custode di tutte le forze del popolo"⁸⁰. Secondo la concezione tedesca di Stato, i diritti dei singoli non avevano autonomo rilievo, nel senso che non avevano una forza giuridica propria, da contrapporre alla volontà dello Stato; l'individuo non poteva porsi in rapporto dialettico con lo Stato, rivendicando la titolarità di un diritto avverso l'autorità, perché il diritto era rappresentato e trovava la sua fonte nella stessa autorità⁸¹.

⁷⁸ A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia*, Milano, 2009, 67; P. Grossi, *Le molte vite del giacobinismo giuridico*, in *Jus*, 2003, 405 ss.; M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, 22 ss.

⁷⁹ M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Tomo I, Milano, 2001, 59.

⁸⁰ C.F. Gerber, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto Pubblico*, trad. it. P.L. Lucchini (a cura di), Milano, 1971, 95; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari, 2016, 173.

⁸¹ Sul punto cfr. M. Stollens, *Storia del diritto pubblico in Germania, II, Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione*, Milano, 2014, 488 rileva come nella costruzione tedesca il cittadino sia un suddito, dal quale si pretende una generale rinuncia alla personalità, cosicché in questo sistema non si può parlare di diritti del singolo, visto che questi, dovendo obbedire solo allo Stato, non è che un oggetto; R. Jehering, *Lo scopo nel diritto (1877)*, in M.G. Losano (a cura di), 2014, 269; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., 59; C.F. Gerber, *Lineamenti*, cit., 95 ss.; G. Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'Autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, 223 ss.; S. Sambataro, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977; A. Corpaci, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA. VV., *Le riforma crispine, II (Giustizia amministrativa)*, Milano, 1990, 77 ss. F. Ruggie, *Il problema dell'amministrazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, 2012, 328 ss.; F. Pierandrei, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940, 13 ss.; S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, 111 ss.; A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia giuridica, Istituto enciclopedia italiana*, Roma, 1989; G. Gianferotti, *Lo Stato nazionale e la nuova scienza del diritto pubblico*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., 317; V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Contributo alla storia del diritto pubblico italiano*

Tale concezione assolutistica influenzò anche la giurisprudenza italiana dell'epoca⁸². Nelle convinzioni generali, infatti, l'interesse del privato nei confronti dell'amministrazione non era ritenuto possibile di alcuna considerazione giuridica. L'amministrazione doveva essere libera di perseguire l'interesse generale, nei limiti fissati dalla legge, e con il rispetto soltanto del contenuto dispositivo della legge. Il privato, fosse esso destinatario o terzo rispetto all'azione amministrativa, non poteva invocare una qualche forma di tutela giurisdizionale e gli eventuali ricorsi amministrativi erano intesi non tanto come forma di tutela del privato, ma come forme di controllo del corretto perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione⁸³: erano strumenti giuridici finalizzati al miglior perseguimento dell'interesse pubblico⁸⁴.

Con riferimento, invece, alla fase precedente l'adozione del provvedimento e, cioè, con riferimento alla possibilità per il privato di influire sulle scelte discrezionali dell'amministrazione già prima dell'emanazione dell'atto, si può osservare in generale che, almeno fino alla

nell'ultimo quarantennio (1885-1925), Modena, 1925, 11; G. Amato, *Individuo e autorità*, cit. 127; S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano 1946; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., 61; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, 1967, 149 ss.; P. Costa, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria critica*, 2003, 119 ss.; G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912, 78.

⁸² Si rammenti l'esclamazione di Pasquale Stanislao Mancini, che riassumeva il pensiero allora dominante: se l'amministrazione nella cura dell'interesse pubblico, incide, ledendoli, su interessi del cittadino, ebbene "che si rassegni". Tale frase pronunciata dal Mancini nel giugno 1864 è ampiamente commentata da A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto Italiano*, 1904, 329 ss.

⁸³ B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale, La formazione dell'interesse legittimo*, Milano, 271 ss.

⁸⁴ Per una ricostruzione cfr. R. Alessi, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1943, 133 ss., dove è messo bene in evidenza il fatto che, secondo le intenzioni politiche del legislatore del secolo XIX, nessuna protezione poteva attribuirsi ai meri interessi individuali nei confronti dell'amministrazione, in quanto il loro soddisfacimento era completamente rimesso alla discrezione dell'amministrazione stessa, la quale avrebbe dovuto decidere in base unicamente ad un proprio giudizio – giudizio insindacabile – sulla conformità dell'interesse individuale all'interesse pubblico. Tale convincimento era in linea anche con l'altra idea largamente condivisa dalla dottrina dell'epoca: l'unica situazione giuridica soggettiva invocabile dal privato era il diritto soggettivo, che era l'altra faccia dei limiti imposti dalla legge all'amministrazione; in mancanza di limiti di legge, l'amministrazione non incontrava altri ostacoli nello svolgimento della propria attività: non esistevano altre situazioni soggettive dei privati, altri loro interessi che potessero avere rilevanza giuridica.

fine dell'800, non gli si riconosceva alcuna possibilità di incidere sull'attività dell'amministrazione. Nel procedimento, pertanto, l'interesse del privato non aveva alcun mezzo di tutela, salvo rarissime eccezioni. Ad esempio, l'art. 3 della legge n. 2359 del 1865 sulle espropriazioni per pubblica utilità prevedeva espressamente la possibilità per il privato di presentare deduzioni e osservazioni scritte durante l'esercizio del potere amministrativo; era chiara, pertanto, l'intenzione del legislatore dell'epoca di voler garantire un'istruttoria preventiva nel sistema di formazione degli atti amministrativi, che consentisse di utilizzare quegli elementi di collaborazione, che il cittadino volesse apportarvi, al fine di ridurre l'arbitrio dell'amministrazione⁸⁵.

Da quanto sopra esposto risulta evidente come nello Stato di fine ottocento sia i destinatari dell'azione amministrativa che i terzi risultassero privi di tutela tanto procedimentale che processuale e ciò almeno fino all'istituzione, nel 1889, della IV Sezione del Consiglio di Stato. L'istituzione di tale sezione iniziò a gettare le basi per una futura emersione di quella dialettica tra individuo e amministrazione mediata da un giudice (amministrativo)⁸⁶, anche se restava ancora poco chiara la consistenza giuridica della posizione che il privato potesse far valere davanti allo stesso giudice⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. M.C. Romano, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, Art. 7 – Comunicazione di avvio del procedimento, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino 2016, 250 ss.; R. Alessi, *Interesse sostanziale*, op. cit., 135 ss. il quale osserva che tale timido tentativo del legislatore di coinvolgere il privato già prima dell'emanazione dell'atto rimase circoscritto in pochissime leggi e la ragione va ricercata nei gravi inconvenienti che tale sistema comportava, "soprattutto in quanto avrebbe appesantito enormemente l'azione amministrativa, rallentandola, tanto da pregiudicarne l'efficacia".

⁸⁶ L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 339.

⁸⁷ Alla IV Sezione, infatti, era assegnata la competenza per le controversie, non attribuite al giudice ordinario, su atti e provvedimenti aventi a oggetto un non meglio precisato "interesse di individui o enti morali giuridici", espressione con la quale ci si riferiva a quei "meri interessi necessariamente coordinati agli interessi generali nei quali vanno a confondersi. è chiaro che per il legislatore dell'epoca si trattava ancora di interessi non rilevanti se non al fine di attivare una procedura di controllo sul corretto perseguimento dell'interesse pubblico. Il ricorso davanti a tale Sezione veniva ritenuto finalizzato, alternativamente, a curare meglio l'interesse pubblico ovvero a controllare accuratamente e imparzialmente che le disposizioni legislative fossero state pienamente rispettate dall'amministrazione nell'adozione dei suoi atti. In particolare, l'interesse cui si riferiva la

Dal 1889 in poi, in particolare, destinatario e terzo continuavano a non avere sicuramente alcuna forma di tutela procedimentale, visto che nessuno di tali soggetti aveva facoltà di intervenire durante l'esercizio del potere per presentare osservazioni idonee a indirizzare l'azione amministrativa verso una precisa direzione a sé favorevole, salvo, come già accennato, nei casi eccezionali previsti da alcune leggi (ad esempio, in tema di espropriazioni per pubblica utilità o di concessioni di utenze di acque pubbliche); si iniziava a intravedere, peraltro, un timido tentativo di dare agli stessi la possibilità di domandare al giudice amministrativo l'annullamento degli atti dell'autorità amministrativa, anche se tale interesse del singolo (sia esso destinatario o terzo) all'annullamento dell'atto non poteva essere ancora considerato come posizione giuridica sostanziale, bensì soltanto come interesse occasionalmente protetto, che rilevava soltanto in via mediata, come interesse riflesso, che lo Stato tutelava come porzione dell'interesse pubblico⁸⁸.

Un primo segno di rottura in senso liberale, che influenzò dapprima la cultura giuridica tedesca e poi anche quella italiana, fu segnato, nei primi

legge del 1889 veniva costruito come interesse ad agire, come semplice condizione dell'azione, il cui scopo non includeva affatto la tutela del ricorrente, il quale poteva avvantaggiarsi soltanto in via di fatto ed eventuale, in occasione cioè della tutela dell'interesse pubblico, o della corretta applicazione della legge. L'interesse legittimo, che nasceva proprio in questo contesto storico, quale posizione individuale inizialmente priva di autonoma consistenza giuridica, consisteva proprio nella possibilità di esercitare l'azione di annullamento al fine di ripristinare la legalità violata, quindi un'azione nell'interesse della collettività che emerge dopo l'esercizio del potere. Così nella Relazione dell'Ufficio centrale del Senato, in Atti parl. Sen. del Regno, XVI legislatura, seconda sessione 1887, Documenti, n. 6-A, 7, richiamata in B. Sordi, Interesse legittimo, cit. 712; Anche sotto questo profilo è forte la linea di continuità con l'esperienza del panpubblicismo tedesco, secondo cui il compito principale dei tribunali amministrativi non sarebbe quello di tutelare le pretese individuali, ma di controllare la conformità alla legge dell'azione statale. Cfr. G. Amato, Individuo, cit., 147; N. Di Modugno, Le lezioni di diritto amministrativo di Giuseppe Chiovenda e l'interesse legittimo come pura azione, in Dir. proc. amm., 1991, 658 ss.; O. Ranelletti, Il problema della giustizia nella pubblica amministrazione e i diritti soggettivi, in Riv. amm. 1948, 197 ss.; E. Guicciardi, Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa, in Arch. dir. pubb., 1937, 56 ss.

⁸⁸ E. Casetta, L'interesse legittimo: una situazione a "progressivo rafforzamento", in Dir. econ., 2008, 8; S. Romano, Principii di diritto costituzionale generale, cit., 313; L. Meucci, Il principio organico del contenzioso amministrativo, La giustizia amministrativa, IV, 1891, 15 s.; L. Mazzarolli, La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo, in Diritto amministrativo, II, 471.

anni del '900, dalla teoria dei diritti pubblici soggettivi di Jellinek, un giurista austriaco che concepì il rapporto tra Stato e cittadino come rapporto tra due distinte individualità titolari di reciproci diritti e doveri⁸⁹. Iniziava così a delinearsi una prima forma embrionale di Stato di diritto, tenuto a rispettare tanto il diritto oggettivo, quanto i diritti dei soggetti con i quali entrava in rapporto⁹⁰; diritti che, peraltro, erano ancora concepiti come concessione da parte del sovrano, che assicurava protezione in cambio della sottomissione alla sua autorità. Più precisamente, l'individuo continuava ancora a rivestire, rispetto allo Stato, una posizione subalterna e, pertanto, non poteva vantare autonome pretese nei confronti di esso⁹¹.

Infatti, secondo la teoria dei diritti pubblici soggettivi dei primi anni del '900 il diritto del singolo non era attributo naturale del soggetto, perché "qualunque diritto pubblico esisteva nell'interesse generale, il quale era

⁸⁹ A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 325 ss. Secondo l'A. il diritto pubblico consta di rapporti in cui i soggetti di diritto entrano in relazione con lo Stato-persona, titolare della potestà giuridica suprema; in tali rapporti i cittadini sono subordinati alla volontà superiore dello Stato e vengono generalmente a trovarsi in situazioni di dovere. Raramente, invece, accade che lo Stato conceda ai cittadini posizioni attive nei suoi confronti, ma, quando ciò accade, si creano situazioni di vantaggio in capo ai singoli cui corrispondono nello Stato determinati obblighi legali; bene, i diritti pubblici soggettivi sono le pretese che risultano direttamente da tali situazioni giuridiche.

⁹⁰ F. Pierandrei, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940, 13 ss.; S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, 111 ss.; A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto enciclopedia italiana, Roma, 1989; G. Cianferotti, *Lo Stato nazionale e la nuova scienza del diritto pubblico*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, 2012, 317; V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio (1885-1925)*, Modena, 1925, 11; S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano 1946; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., 61; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, 1967, 149 ss.; P. Costa, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria critica*, 2003, 119 ss.; G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, 78.

⁹¹ Secondo Jellinek nello Stato di diritto l'uomo è soggetto di diritti, solo in quanto membro dello Stato, ma ciò non significa che egli sia soltanto suddito, giacché la concessione di una personalità da parte dell'ordinamento giuridico gli conferisce anche la pretesa di chiedere che lo Stato intervenga per garantire la tutela dei suoi diritti. In ciò consistono i diritti pubblici soggettivi: essi sono le pretese giuridiche, concesse dall'ordinamento, che l'individuo può avanzare nei confronti dello Stato, per provocarne l'intervento a tutela di propri diritti. Sul punto cfr. G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, 1999, 51 ss.

identico all'interesse dello Stato"⁹². Da un lato, il diritto del singolo derivava dal sovrano, che assicurava protezione in cambio della sottomissione alla sua autorità; dall'altro i singoli individui erano interamente assorbiti nello Stato-persona e nella salvaguardia della sua autorità⁹³.

A differenza dei suoi predecessori, in particolare, Jellinek individuò, con riferimento ai diritti pubblici soggettivi di libertà, un aspetto prettamente giuspubblicistico, coincidente con la pretesa del singolo di far valere la tutela giurisdizionale contro le illegittime intrusioni delle autorità amministrative nella propria libertà. Solo lo Stato-legislatore poteva infatti determinare gli spazi di libertà sottratti ai soggetti privati. Pertanto, ove l'amministrazione avesse agito contro le prescrizioni legislative invadendo gli spazi di libertà lasciati dalla legge ai privati, questi avrebbero potuto chiedere l'annullamento dei corrispondenti atti⁹⁴.

La teoria dei diritti pubblici soggettivi di Jellinek riscosse un grande successo nei principali ordinamenti dell'Europa continentale, specialmente in Germania e Italia.

La pretesa del singolo, anche secondo le ricostruzioni del pensiero di Jellinek da parte della dottrina tedesca e italiana, consisteva nel diritto-dovere, comune a tutti i consociati, di difendersi dallo Stato ogni volta che questo non rispettava le norme che esso stesso aveva posto in essere. Pertanto, nel tutelare sé stesso dallo Stato, il soggetto tutelava la legalità dello Stato⁹⁵. Appare evidente come, nonostante gli sforzi a far emergere sempre più una vera e propria dialettica tra l'autorità pubblica, da una

⁹² G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, 78.

⁹³ A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, 3: "le libertà [...] hanno la loro origine giuridica in un effetto, non già in un diritto posto sullo stesso piano, o tanto meno, prima del potere e della volontà statale".

⁹⁴ A. Baldassarre, *op. cit.*, 329. Aggiunge l'A. che di fronte al potere illimitato dello Stato, il singolo trattiene per sé soltanto il potere di difendersi dall'autorità ogniqualvolta questa si comporti in modo contrario alle leggi che essa stessa ha stabilito. Il suo unico diritto è un diritto contro comportamenti illegittimi dei Governi o, detto in positivo, un diritto alla legalità riguardo all'esercizio dei poteri pubblici.

⁹⁵ A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, 29 ss.

parte, e i destinatari dell'azione amministrativa e i terzi, dall'altra, i tempi non erano ancora maturi per una sua piena affermazione. Lo impediva soprattutto il fatto che i diritti individuali erano sì basati sulle leggi, ma tali leggi erano ancora esclusivamente il risultato della volontà statale⁹⁶.

Pertanto, fino al primo Dopoguerra, le posizioni del diretto destinatario e dei terzi continuavano ad essere allineate, in quanto privi entrambi di una vera e propria tutela procedimentale e processuale. Neanche la successiva esperienza di Weimar riuscì a garantire una vera e propria visione dialettica tra interesse pubblico e interessi individuali.

Infatti, i diritti di libertà della tradizione liberale, presenti nella Costituzione di Weimar⁹⁷ del 1919, non potevano più essere interpretati nel senso del liberalismo classico, in quanto erano profondamente mutate le concezioni sulla possibilità per lo Stato di incidere sulla sfera giuridica dell'individuo, che era stata considerata inviolabile dalla dottrina dello Stato di diritto, mentre dal 1919 in poi le modalità d'intervento statale non apparivano più delle eccezioni, ma delle normali delimitazioni, che assicuravano il primato dell'unità nazionale rispetto ai diritti di libertà. Sulla base delle nuove relazioni, che si erano così instaurate, tra libertà individuale e intervento statale, il sistema dei diritti fondamentali veniva visto non più come un insieme di diritti di libertà, bensì solo come un insieme di istituti giuridici regolati dallo Stato e che si possedevano solo in quanto parte dello Stato stesso⁹⁸.

⁹⁶ G. Treves, Considerazioni sullo Stato di diritto, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1959, 401.

⁹⁷ La repubblica di Weimar nasceva in un contesto politico, sociale ed economico drammatico; l'economia tedesca era in ginocchio non solo per le conseguenze della guerra ma anche per i pesanti oneri finanziari imposti alla Germania come indennizzo per i danni di guerra (si trattava di una somma spropositata). Una crisi economica gravissima travolse la Germania tra il '19 e il '23: l'inflazione raggiunse livelli impressionanti e la svalutazione polverizzò il marco (per fare la spesa si andava con i miliardi di marchi). Crisi politica, istituzionale ed economica formarono una miscela esplosiva da cui si svilupparono i primi germi del nazionalsocialismo.

⁹⁸ G. Gozzi, Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale, 1999, 98 ss. In particolare, l'A. spiega che nella nuova realtà costituzionale i diritti fondamentali non possono essere più considerati come espressione di una concezione liberale dello Stato; essi appartengono piuttosto all'individuo concepito come parte della totalità della vita pubblica. I diritti fondamentali, non sono più, nella democrazia di Weimar, dei diritti dell'uomo intesi in senso individualistico, che spettano

Dagli anni venti in poi la situazione di grave crisi economica, politica e sociale e la concezione secondo cui i diritti fondamentali fossero previsti solo in via formale, ma negati nella sostanza, riguardava i principali Paesi europei dell'epoca, compresa l'Italia⁹⁹.

In Germania tale grave situazione di crisi precipitò sempre più fino a giungere, negli anni trenta, alla degenerazione del Nazionalsocialismo¹⁰⁰.

sia ai cittadini dello Stato che agli stranieri. Essi sono piuttosto dei diritti nazionali che appartengono ai tedeschi. In breve, si possiedono i diritti fondamentali solo in quanto si è parte della comunità nazionale.

Cfr. anche F. Lanchester, *Weimar e il problema politico, costituzionale italiano*, 2012, 26 ss., secondo cui i diritti fondamentali erano stati collocati nella parte finale della Costituzione di Weimar proprio a sottolinearne la loro visione meramente formale, il che impediva, da una parte, che ci potessero essere interventi nei diritti di libertà e di proprietà senza un fondamento normativo, ma, dall'altra, faceva sì che la legge potesse prevedere delle limitazioni in maniera del tutto arbitraria. Sulla base di tale concezione i diritti fondamentali erano posti non sopra, bensì sotto la legge, la quale poteva in ogni momento modificarne il contenuto.

⁹⁹ Anche in Italia la situazione non fu meno drammatica: il primo dopoguerra fu caratterizzato da numerose agitazioni politiche e sindacali che sconvolsero la vita italiana e che culminarono nell'occupazione delle fabbriche dell'estate del '20. Fu il periodo in cui si ebbe la forte avanzata e, successivamente, la conquista del potere (marcia su Roma nell'ottobre 1922) da parte del fascismo. Gli anni 1919/20 furono decisivi nella vita politica e sociale italiana, in cui si manifestò in modo evidente e drammatico la crisi delle istituzioni dello stato liberale e parlamentare. Questa notevole debolezza parlamentare favorì sicuramente l'ascesa e la presa del potere del fascismo: tra ammutinamenti, insubordinazioni militari e sommovimenti sociali (scioperi contadini, occupazione delle fabbriche, ecc.), la situazione italiana tese a degenerare, fino a sfiorare la guerra civile. Lo stato liberale mostrò tutta la sua incapacità e di essa abilmente approfittò il fascismo. Il successo del fascismo, nel breve volgere di tre anni, dal '19 al '22, si spiega non solo sulla base della crisi delle istituzioni liberali, ma anche perché esso interpretò un diffuso bisogno di ordine e tranquillità sociale, dopo un periodo di anarchia e di conflitti esasperati. Cfr. sul punto F. Lanchester, *Weimar e il problema politico, costituzionale italiano*, cit., 33 ss.

¹⁰⁰ Ricordiamo che, sconfitta la Germania, vi seguirono i pesantissimi risarcimenti in oro pretesi dalla Francia, l'occupazione della Ruhr (la zona industriale più importante della Germania, da cui si estraeva anche il carbone che all'epoca era la base dell'economia di uno Stato), la distruzione dell'esercito, dell'aviazione e della marina tedesche e via di questo passo. A causa degli enormi debiti fatti per la guerra, la Germania cominciò a stampare moneta in maniera indiscriminata, provocando una iperinflazione. Quindi la rabbia per la guerra persa, la rabbia per il tradimento dei politici verso i soldati, la rabbia per la repressione violenta delle rivolte, la rabbia per la crisi economica fecero esplodere il Paese; e fu in questo scenario che entra il Partito Nazionalsocialista dei Lavoratori Tedeschi, meglio noto come Partito Nazista. Hitler capì meglio degli altri la situazione e decise di incanalare quella rabbia verso due obiettivi diversi: da una parte contro i politici (ovviamente gli altri) colpevoli di non saper guidare il Paese; dall'altra contro gli ebrei, colpevoli di aver affamato la popolazione tedesca durante la crisi e di stare alle spalle dei politici di cui sopra.

In quel periodo storico vennero completamente annullati i diritti dei singoli individui e le posizioni dei destinatari e dei terzi continuavano ad essere allineate, ma in senso peggiorativo rispetto al passato, in quanto in tale contesto storico agli stessi era negata qualsiasi forma, sia pure embrionale, di tutela procedimentale e processuale. A costoro non veniva riconosciuto alcun diritto soggettivo individuale, ma solo una situazione giuridica derivante dalla loro qualità di membri della comunità¹⁰¹.

Dopo la dura esperienza del nazismo, si cercò di introdurre nella Germania post bellica una Costituzione ispirata ad un preciso modello di democrazia. Era dominante, infatti, la concezione secondo cui la Costituzione di Weimar non aveva comunque saputo impedire il formarsi della dittatura¹⁰² e ciò fu all'origine del tentativo di eliminare, attraverso la successiva Costituzione tedesca (Grundgesetz), le cause che avevano condotto alle soluzioni totalitarie del nazionalsocialismo¹⁰³.

Più in generale, si può affermare che, verso la metà del XX secolo, con l'avvento delle prime Costituzioni dei principali Paesi europei, inizia finalmente a emergere una concreta visione dialettica del rapporto tra Stato e individuo¹⁰⁴.

¹⁰¹ Infatti, alla base del sistema politico nazionalsocialista c'era la Volksgemeinschaft, cioè il popolo (Volk) costituito in comunità (Gemeinschaft) e tutto il sistema politico e amministrativo doveva essere posto al servizio della Volksgemeinschaft, al fine di tutelarne l'esistenza e il benessere. Perfino lo stesso diritto oggettivo veniva posto in essere per il solo fatto che esisteva la Volksgemeinschaft ed era modificato per assicurare l'esistenza e il progresso di questo. Al concetto di popolo il Nazionalsocialismo diede un significato etnico basato sul concetto di razza; infatti si sosteneva che la comunità fosse un insieme di individui coordinati tra di loro e che tale coordinazione fosse possibile solo in quanto gli individui avessero lo stesso sangue. Cfr. F. Franchini, *Lineamenti di diritto amministrativo tedesco in regime nazionalsocialista*, Modena, 1942, 9; secondo l'A. il Nazionalsocialismo ha conservato la concezione dello Stato di diritto propria del regime liberale, dandovi però un significato ben particolare, intendendo con l'espressione "di diritto" non solo la legge, ma tutte quelle regole, anche non scritte, secondo le quali la Volksgemeinschaft vive e si evolve.

¹⁰² F. Franchini, op. cit., 24. Il Nazionalsocialismo, osserva l'A., ha conservato la concezione dello Stato di diritto propria del regime liberale, dandovi però un significato ben particolare, intendendo con l'espressione "di diritto" non solo la legge, ma tutte quelle regole, anche non scritte, secondo le quali la Volksgemeinschaft vive e si evolve.

¹⁰³ G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, op. cit., 122 ss.

¹⁰⁴ U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 215.

Con riferimento all'ordinamento italiano, si rammenta che anche la Costituzione italiana, in primo luogo, riconosce le libertà dell'individuo, la loro preesistenza rispetto allo stesso Stato e il loro radicamento nella persona; ed esalta, in secondo luogo, gli interessi della collettività che l'amministrazione è tenuta a promuovere, anche al fine di garantire obiettivi di uguaglianza sostanziale. Il perseguimento di tali fini d'interesse generale legittima la titolarità in capo allo Stato di poteri autoritativi suscettibili di comprimere unilateralmente la sfera giuridica del privato, ma nei limiti del rispetto del principio di legalità e del riconoscimento del primato delle sopra richiamate libertà individuali¹⁰⁵. In particolare, l'art. 2 della Costituzione italiana ha consapevolmente segnato una svolta fondamentale nella storia del nostro Paese. Con tale articolo, infatti, si è rovesciata una tradizione (comune, in verità, tanto al precedente regime fascista quanto alla più generale esperienza dello Stato liberale dell'Europa continentale) la quale concepiva i diritti del cittadino come una difesa dell'individuo contro le interferenze dell'Esecutivo e non contro gli interventi del legislatore (sia ordinario che costituzionale), una tradizione che supposeva la preesistenza dello Stato, quantomeno di Stato legislatore, rispetto ai diritti fondamentali del cittadino. Nell'affermare l'opposta concezione di preesistenza dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto a ogni istituzione politica l'art. 2 non ha certo inaugurato un nuovo filone della storia della civiltà giuridica contemporanea, ma ha piuttosto chiuso una parentesi più che secolare che aveva collocato su due sponde diverse gli ordinamenti dell'Europa

¹⁰⁵ M. Dogliani, Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima, in *Dir. pubb.*, 2008, 10 ss.; A. Romano Tassone, Giudice amministrativo e interesse legittimo, in *Dir. amm.*, 2006, 289; G.U. Rescigno, La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana, in *Dir. Pubb.*, 2006, 119 ss.; G. Silvestri, La nascita della Costituzione italiana e i suoi valori fondamentali, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2006, 592; E. Rossi, Art. 2, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, Torino, 2006, 43; A. Baldassarre, Diritti inviolabili, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss.; V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, 1984, 100, "se è vero che gli interessi meramente individuali possono e devono essere talora postposti a interessi, ciò accade però in un contesto nel quale fine ultimo dell'organizzazione sociale deve essere lo sviluppo delle persone, di ogni singola persona umana; il principio personalistico esprime, infatti, una priorità di valore: non la persona è per lo Stato, ma lo Stato è per la persona".

Continente e quelli anglo-americani¹⁰⁶.

Dalla metà del XX secolo in poi, pertanto, inizia a emergere un vero e proprio rapporto dialettico tra Stato (autorità) e individuo (libertà) e lo strumento utilizzato dall'amministrazione per comporre tale conflitto tra interessi contrapposti è rappresentato dal provvedimento amministrativo, per mezzo del quale l'amministrazione, nell'esercizio di un suo potere attribuitole dalla legge, determina nel caso concreto se, quando e in che modo il potere stesso possa incidere, sacrificandola, sulla sfera di libertà del privato¹⁰⁷.

Compito del diritto amministrativo, pertanto, è quello di disciplinare tale rapporto dialettico, determinando le modalità di esercizio del potere compatibili con la salvaguardia delle libertà del destinatario; quest'ultimo non è più titolare di un interesse assorbito dall'interesse pubblico, bensì di un interesse che a quello si contrappone.

Infatti, il destinatario è ora in grado di far valere dinanzi all'amministrazione una pretesa ormai autonoma e svincolata dall'interesse pubblico, basata sulle proprie libertà eventualmente incise dal

¹⁰⁶ A. Baldassarre, op. cit., 2 ss. L'A. precisa che, mentre negli Ordinamenti anglo-americani, grazie a una tradizione che affondava le sue radici storiche nei grandi movimenti politico-religiosi dell'Inghilterra del XVII secolo e che è stata interpretata in chiave moderna dalla rivoluzione Americana, l'antiorità dei diritti fondamentali rispetto a ogni potere statale, compreso quello costituzionale, ha sempre rappresentato la pietra miliare su cui è stato costruito l'intero edificio costituzionale; al contrario, negli Ordinamenti dell'Europa continentale, a cominciare dalla Rivoluzione Francese, l'antiorità di quei diritti, pur affermata in via di principio, è stata sempre relativizzata, sul piano del diritto positivo, rispetto a qualcosa di più elevato e realmente supremo: nella versione francese, quel "qualcosa di supremo" era rappresentato dalla volontà generale del popolo, impersonata dal legislatore sovrano, che quindi poteva riconoscere, garantire, limitare o sospendere a proprio piacimento il godimento di quei diritti; mentre nella versione tedesca, diffusasi anche in Italia, era rappresentato dallo Stato-persona, vale a dire dall'ente politico sovrano che poteva annullare ogni diritto dei singoli. Rispetto a quest'ultima tradizione, che ha dominato nel diritto positivo italiano fino alla fine del secolo scorso, l'art. 2 Cost. ha voltato pagina ricollegandosi alla opposta concezione, propria del diritto anglo-americano, dei diritti inviolabili: l'invulnerabilità assoluta non è più un attributo del monarca o delle assemblee rappresentative, ma è invece un connotato indelebile dei diritti dell'uomo, dei valori personali e della dignità umana.

¹⁰⁷ B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico, Padova, 2000, 151; A. Sandulli, L'amministrazione, in *Il contributo*, cit., 633; B. Sordi, Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 1023 ss.

provvedimento e a tale scopo gli è riconosciuta non solo una tutela processuale, tesa all'annullamento dell'atto, ma anche una certa tutela procedimentale, da parte di numerose leggi speciali, che riconoscono, in capo ai destinatari dell'azione amministrativa, la possibilità di presentare, nel corso di un procedimento amministrativo, osservazioni scritte davanti alla stessa amministrazione¹⁰⁸.

I terzi, invece, continuano a occupare una posizione marginale e a essere raffigurati come i portatori di una frazione dell'interesse pubblico¹⁰⁹; ai terzi, in particolare, non essendo titolari di una posizione soggettiva autonoma, continua a spettare solo un'eventuale tutela processuale, potendo partecipare al processo non certo per far valere un proprio diritto, ma soltanto per difendere l'interesse al rispetto della legalità dell'atto¹¹⁰. Il terzo, risultando titolare di una posizione che resta assorbita nell'interesse pubblico curato dall'autorità, diviene il titolare di un più ampio interesse alla legittimità dell'azione amministrativa¹¹¹. La posizione del terzo è tutelata non solo per garantire il corretto esercizio del potere, ma anche per promuovere la piena soddisfazione dell'interesse pubblico cui il potere è preordinato¹¹²; la sua pretesa si esaurisce nell'interesse a ricorrere e la tendenza ad allargare tale legittimazione ad agire dei terzi mira proprio ad aumentare le possibilità di ripristino della legalità violata¹¹³.

¹⁰⁸ A. Pioggia, Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando? In *Dir. Pubbl.*, 2012, 49.

¹⁰⁹ A. Corpaci, Note sulla dottrina amministrativa italiana e la giustizia amministrativa tra fascismo e Repubblica, in *Quad. fior.*, 1999, 986 ss.; L.R. Perfetti, Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società, in *Dir. amm.*, 2013, 326 ss.;

¹¹⁰ D. Corletto, La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 929; A. Lugo, I problemi del processo amministrativo. Visti dal giudice, in *Atti del IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna 1963*, Milano, 1964, 94.

¹¹¹ M. Nigro, Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione, in *Foro it.*, 1987, 481. L. De Lucia, Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare, Torino, 2005, 3.

¹¹² L'interesse del terzo diventa "legittima pretesa all'osservanza dei vincoli finalistici imposti dal necessario perseguimento dell'interesse pubblico: in proposito, F. Benvenuti, Limiti pubblicistici ai finanziamenti di micro credito, in *Riv. soc.*, 1960, 817;

¹¹³ M. Ramajoli, Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1006; A. Travi, L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo, in *Foro it.*, 1997, III, 21; F. Trimarchi Banfi, L'interesse legittimo: teoria e prassi, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1010 ss.

Una maggiore tutela a favore dei terzi inizia a essere riconosciuta in Germania nei primi anni '70 dapprima grazie ai contributi della dottrina tedesca e, successivamente, dello stesso legislatore tedesco di quel periodo e degli anni successivi, che, nella predisposizione di certe disposizioni normative, inizia a prestare particolare attenzione alla figura dei terzi coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo. In particolare, inizia ad affermarsi un modello multilaterale del rapporto di diritto amministrativo, del tutto nuovo rispetto a quello incentrato sul rapporto bipolare tra cittadino e amministrazione¹¹⁴.

Per comprendere il punto, occorre sottolineare che in questi anni si assiste a una significativa ripresa di interesse intorno al concetto di rapporto di diritto amministrativo¹¹⁵. Inteso questo come il legame giuridico, in forza di una norma di diritto pubblico, tra due soggetti (un privato e un'amministrazione)¹¹⁶, la dottrina tedesca ha postulato l'esistenza di rapporti di diritto amministrativo caratterizzati dalla multipolarità¹¹⁷, nell'ambito dei quali vi è una norma che attribuisce una posizione tutelata anche a un terzo, avendosi così relazioni di carattere poligonale.

La soluzione del conflitto tra diritti fondamentali è rimesso in genere al legislatore che predispone un *Konfliktschlichtungsprogramm*, ossia una comparazione dei contrapposti interessi privati in gioco, al fine di orientare le scelte dell'amministrazione¹¹⁸. Tuttavia, mentre la dottrina tedesca tradizionale aveva da sempre postulato che questi provvedimenti davano luogo unicamente a rapporti di diritto amministrativo paralleli tra il soggetto pubblico e quelli privati, nel senso che l'amministrazione poteva avere rapporti con il destinatario e con il terzo; soggetti privati questi che non potevano essere invece in relazione tra di loro, al contrario, la dottrina tedesca più recente sostiene che in questi casi si abbiano relazioni più complesse, nell'ambito delle quali anche il rapporto tra soggetti privati

¹¹⁴ W. Hoffman Riem, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 23 ss.

¹¹⁵ A. Peters, *NebenpflichtenimVerwaltungsrechtsverhältnis?*, in *Die Verwaltung*, 2002, 177 ss.

¹¹⁶ H. Maurer, *AllgemeinesVerwaltungsrecht*, Munchen, 2000, 131 ss.

¹¹⁷ M. Schmidt Preuß, *KollidierendePrivatinteressenimVerwaltungsrecht*, Berlin, 1992, 2 ss.

¹¹⁸ M. Schmidt Preuß, *KollidierendePrivatinteressenimVerwaltungsrecht*, Berlin, 1992, 22 ss.

assume rilevanza per il diritto pubblico¹¹⁹.

Si consideri, a titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui il terzo concretizzi il proprio interesse a evitare un sacrificio, chiedendo l'annullamento di un provvedimento favorevole al destinatario, ma a sé sfavorevole (ad esempio un provvedimento abilitativo in materia edilizia)¹²⁰; o in cui, per esigenze di tutela del terzo a non essere pregiudicato o a mantenere inalterata la propria sfera giuridica, si dia al terzo stesso il potere di prendere parte al procedimento amministrativo al fine di ottenere un provvedimento che imponga la chiusura di una certa attività per motivi di emissioni acustiche o, viceversa, al fine di impedire l'adozione di un provvedimento che autorizzi il destinatario a eseguire una certa attività secondo certe modalità pregiudizievoli al terzo¹²¹.

In tutte queste ipotesi, si ritiene esservi un rapporto di base tra privati (*Horizontalverhältnis*), il quale tuttavia non si sostanzia in pretese reciproche, in quanto tale rapporto assume rilevanza pubblicistica, con conseguente recessione dell'aspetto privatistico della vicenda¹²².

In altri termini, la fattispecie si compone di due elementi: da un lato, il riconoscimento a favore di un privato di un diritto da parte di una norma; dall'altro, la pretesa nei confronti dell'amministrazione a che questo diritto possa essere effettivamente esercitato e cioè a che la norma che lo attribuisce venga attuata dallo Stato attraverso un atto individuale. La pretesa nei confronti dell'amministrazione vale anche allorquando si sia verificata una violazione del diritto ad opera del terzo, con la conseguenza che il danneggiato vanta una pretesa all'annullamento dell'atto ovvero a un intervento repressivo¹²³.

¹¹⁹ M. Kahl, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der UE, in *Verwaltungs.Archiv*, 2004, 1 ss.

¹²⁰ D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 42 ss.

¹²¹ M. Schmidt Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1992, 23 ss.

¹²² M. Schmidt Preuß, op. cit. 84 ss.

¹²³ E. Schmidt Aßmann, *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito Tedesco sulla riforma ("la nuova scienza del diritto amministrativo")*, in *Dir. amm.*, 2015; E. Schmidt

All'amministrazione è attribuito il compito di risolvere contrasti tra interessi privati, sulla base di un determinato programma legislativo di risoluzione dei conflitti. Così che il diritto pubblico soggettivo può essere definito come la capacità di realizzare un proprio interesse a scapito di un altro interesse privato e di pretendere detta realizzazione anche dallo Stato, come vero e proprio soggetto obbligato¹²⁴.

Tali elaborazioni dottrinali tedesche influenzano la concezione giuridica dei principali Paesi europei di quegli anni.

Anche la dottrina italiana, influenzata dal pensiero tedesco, inizia, tra gli anni '70 e '80, ad approfondire la categoria del terzo con riferimento, in un primo tempo, a fattispecie multipolari, ponendo, cioè, l'accento sulla struttura di norme che, per adottare concetti propri dell'ordinamento italiano, nel contempo fondano interessi legittimi in capo al destinatario del provvedimento e al terzo nei confronti dell'amministrazione, nonché una relazione tra i primi due. Dinanzi a tali fattispecie, infatti, si deve ribadire, sulla scorta di quanto enucleato dalla dottrina tedesca, che il conflitto tra situazioni giuridiche soggettive non viene risolto dall'amministrazione, essendosi altrimenti in presenza di un provvedimento con pluralità di destinatari¹²⁵. Esso è piuttosto risolto dal legislatore che, attraverso una fattispecie normativa che l'amministrazione è chiamata ad attuare e ad "adattare" alle specifiche circostanze del caso concreto, ha già stabilito il tipo di rapporto che deve sussistere tra le diverse situazioni giuridiche contemplate¹²⁶.

Aßmann, *Der Rechtsstaat*, in *Handbuch des Staatsrechts*, hrg. J. Isensee e W. Kirchhof, Heidelberg, 1987, vol. I, 897 ss.

¹²⁴ M. Schmidt Preuß, op. cit. 426 ss.

¹²⁵ Si pensi alla normativa in tema di distanze minime tra farmacie (art. 1, comma 4, della legge n. 475/1968), posta a tutela anche dei farmacisti già presenti sul mercato. Costoro, infatti, hanno sicuramente un interesse a che l'amministrazione, nell'esercizio del potere autorizzatorio, rispetti la distanza minima, che vale a regolare la relazione tra due attività d'impresa omogenee.

¹²⁶ Quando si parla di rapporti tra sfere private non si intende fare riferimento a vincoli di tipo obbligatorio, ma a regole di convivenza con cui l'amministrazione cerca di risolvere il potenziale conflitto tra esse e con cui viene individuato il reciproco equilibrio, secondo le regole della discrezionalità amministrativa. Cfr. sul punto L. De Lucia, op. cit., 46 ss.

Naturalmente, non dobbiamo dimenticare che il potere amministrativo (e il relativo procedimento), in questi frangenti, persegue anche altre finalità specificamente di interesse pubblico e che l'amministrazione incontra nella norma multipolare solo un primo limite¹²⁷. Ciò in quanto, se è vero che la norma soggettivizza un interesse in capo al terzo, non è meno vero che l'azione amministrativa è comunque intesa a perseguire principalmente finalità pubbliche. In queste ipotesi, la tutela del terzo costituisce una indefettibile modalità dell'agire amministrativo, inteso alla cura di interessi pubblici¹²⁸.

Negli anni '90 al terzo inizia ad essere riconosciuta, oltre alle appena accennate attenzioni da parte della dottrina e dello stesso legislatore e oltre a una più o meno allargata legittimazione ad agire, una vera e propria partecipazione attiva durante il procedimento amministrativo, che trova fondamento negli artt. 7 e segg. della legge generale sul procedimento.

In particolare, la legge generale sul procedimento amministrativo recepisce dagli altri ordinamenti giuridici la finalità garantistica, basata sul riconoscimento all'amministrato del diritto di vedere i documenti e di esprimersi prima che la decisione venga presa. Alla finalità garantistica affianca, come è avvenuto anche in altri Paesi, quella dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, in particolare, la finalità della semplificazione dell'attività della pubblica amministrazione, specialmente per quanto riguarda i rapporti tra amministratori e amministrati¹²⁹.

Dall'analisi della nostra legge generale sul procedimento amministrativo appare evidente come le garanzie partecipative, che contraddistinguono il contraddittorio procedimentale, rispecchino le due grandi categorie sopra esaminate (che si possono riassumere nella "visione" e nella "voce"); esse si ritrovano, nella sostanza, nelle due lettere di cui all'art. 10 della legge, ove si parla di diritto a prendere visione degli atti del

¹²⁷ G. Greco, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977, 72 ss.

¹²⁸ L. De Lucia, *op. cit.*, 48 ss.

¹²⁹ D'Alberti, *op. cit.*, 27 ss.

procedimento e del diritto a presentare memorie scritte e documenti “che l’amministrazione ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento. Vi sono, quindi, due insiemi di garanzie: l’uno (la “voce”) riveste carattere attivo e consente alle parti di potersi esprimere compiutamente all’interno del procedimento, adducendo le proprie considerazioni e le eventuali prove a supporto delle stesse, partecipando così allo svolgimento dell’azione amministrativa; l’altro (la “visione”) ha invece carattere passivo e consiste nel diritto ad avere la conoscenza degli atti compiuti dalle altre parti nel procedimento e ciò allo scopo di permettere a detto soggetto di poter esercitare in maniera effettiva e consapevole le facoltà connesse alla sfera attiva delle garanzie partecipative¹³⁰.

Per poter efficacemente far valere le proprie osservazioni, il soggetto interessato deve poter esser messo nelle condizioni di conoscere l’avvio di un procedimento dal quale potrebbero derivare a suo carico effetti pregiudizievoli¹³¹. In particolare la “visione” si esplica, limitatamente ai procedimenti suscettibili di concludersi con una statuizione che rechi pregiudizio ad un soggetto, nel contenuto della comunicazione di avvio del procedimento, che individua gli elementi idonei a identificare l’oggetto del procedimento, con i relativi riferimenti, comprensivi delle ragioni di fatto e di diritto che hanno portato all’apertura del procedimento. Perché il contraddittorio sia realizzato è necessario che la parte possa addurre argomentazioni e documenti in relazione agli apporti dati dalle altre parti, che quindi devono essere necessariamente conosciuti¹³².

Per quanto riguarda, invece, gli altri procedimenti in relazione ai quali non potrebbe operare l’istituto della comunicazione di avvio del procedimento, l’effettiva conoscenza del fascicolo procedimentale può

¹³⁰ M. D’Alberti, La visione e la voce: le garanzie di partecipazione a procedimenti amministrativi, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000; A. Carbone, Il contraddittorio procedimentale: ordinamento nazionale e diritto europeo, op. cit., 56 ss.

¹³¹ La “voce” deve, pertanto, necessariamente precedere, dal punto di vista logico-temporale, la “visione”.

¹³² Al riguardo, si rammenta che nell’ottica CEDU, l’*adversarial procedure* richiede appunto che le parti siano messe in grado di conoscere tutte le allegazioni delle altre parti in modo da poter avere una ragionevole opportunità di argomentare in relazione ad esse.

avvenire per mezzo dell'istituto dell'accesso agli atti amministrativi, attraverso il quale avviene la presa visione e l'estrazione di copia dei documenti del procedimento. Modalità che, per essere conforme al principio del contraddittorio, deve garantire la possibilità di conoscere, e conseguentemente di contraddire, tutte le risultanze delle altre parti¹³³.

Come si vedrà meglio più avanti, infatti, l'art. 7 della legge n. 241 del 1990 dà solo a certi soggetti la possibilità di essere chiamati a partecipare al procedimento; si tratta di quei soggetti nei confronti dei quali l'amministrazione è obbligata a comunicare l'avvio del procedimento (i diretti destinatari dell'azione amministrativa, i soggetti che per legge devono intervenire, nonché i soggetti, individuati o facilmente individuabili, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento e diversi dai suoi diretti destinatari)¹³⁴.

¹³³ Per tutti, cfr. A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale: ordinamento nazionale e diritto europeo* op. cit., 66 ss.

¹³⁴ La comunicazione di avvio del procedimento costituisce, pertanto, lo strumento indispensabile per attivare la partecipazione, consentendo ai soggetti coinvolti dall'azione amministrativa di avere conoscenza del procedimento destinato a sfociare nell'emanazione di un provvedimento che produrrà effetti nei loro confronti, così esercitando i diritti che sono loro riconosciuti dalla stessa legge n. 241/1990. Con l'art. 7, pertanto, il legislatore ha inteso coinvolgere nel procedimento anche i terzi, ossia i soggetti diversi dai diretti destinatari che potrebbero subire un pregiudizio dall'emanazione del futuro provvedimento, a condizione che siano individuati o facilmente individuabili. Cfr. sul punto M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 317, la quale spiega come l'identificazione dei soggetti terzi risulti non sempre immediata, poiché l'amministrazione è tenuta a compiere un giudizio prognostico sulla evenienza che l'emanando provvedimento dispiegherà effetti potenzialmente pregiudizievoli nella loro sfera giuridica; identificazione che non può tradursi in ricerche particolarmente complesse, che sarebbero contrarie al divieto di non aggravare il procedimento amministrativo e al rispetto dei principi di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa. Cfr. sul punto anche R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 200 ss.; è evidente, infatti, che la comunicazione di avvio e la successiva partecipazione al procedimento dei potenziali controinteressati sia finalizzata proprio a garantire che già nel procedimento possano essere comparate le posizioni antagoniste, anche in un'ottica deflativa del possibile contenzioso; D. Corletto, *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 928 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 14 ss.; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 18 ss.; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. Travi, *Interessi procedurali e pretese partecipative: un dibattito aperto*; S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale, Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 352 ss.; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento*

Proprio l'assenza di tali elementi, ad esempio, in capo ai proprietari frontisti induce la giurisprudenza ad escludere che essi possano assumere la qualifica di terzi controinteressati, in quanto ritenuti titolari di interessi di mero fatto, cui quindi non spetterebbe la comunicazione di avvio del procedimento volto al rilascio del titolo edilizio in favore del confinante¹³⁵. Gli stessi, pertanto, potrebbero semmai intervenire volontariamente, ai sensi dell'art. 9 della stessa legge n. 241/1990¹³⁶, nel corso del procedimento, ma non avrebbero titolo a ricevere l'avviso dell'avvio del procedimento, anche perché ciò comporterebbe un aggravio del procedimento in contrasto con i principi di economicità e di efficienza dell'attività amministrativa¹³⁷. In sostanza, la legge riduce l'ambito dei terzi che possono essere coinvolti nel procedimento, o perché chiamati dalla stessa P.A. o perché intervenuti volontariamente, ai soli soggetti portatori di interessi oppositivi e vengono esclusi dalla partecipazione procedimentale quei soggetti, diversi dai diretti destinatari, che sono portatori di un interesse pretensivo a che il

amministrativo, cit., 248 ss.; G. Pastori (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, 550 ss.; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 1127; L. Migliorini, *La funzione amministrativa ed il procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, 1996, p. 1181. U. Allegretti, *Procedimento amministrativo*, in P. Grossi (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, 1997, 270 ss.; M. Bellavista, *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012, 29 ss.; O. Renelletti, A. Amorth, *Procedimento amministrativo*, in *Nuovo dig. It.*, X, Torino, 1939, p. 528 ss.; G. Miele, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, c. 377, n. 6; R. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., 2014, 646 ss.

¹³⁵ Tar Trentino Alto Adige, 14 ottobre 2010 n. 194; T.A.R. Lazio Roma Sez. II bis, Sent., (ud. 10-07-2017) 11-01-2018, n. 262; T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, Sent., (ud. 10-01-2018) 11-01-2018, n. 7; T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, Sent., (ud. 29-11-2017) 10-01-2018, n. 165; Cons. Stato Sez. IV, Sent., (ud. 05-12-2017) 03-01-2018, n. 32; T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, Sent., (ud. 20-12-2017) 29-12-2017, n. 6138.

¹³⁶ L'art. 9 stabilisce che qualunque soggetto, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, ha facoltà di intervenire nel procedimento, ammettendo così la possibilità di un intervento volontario da parte dei soggetti che, pur non destinatari del provvedimento finale, possono riceverne un pregiudizio.

¹³⁷ Tar Veneto, sez. II, 9 febbraio 2007 n. 365; Cons. Stato Sez. VI, Sent., (ud. 09-11-2017) 28-12-2017, n. 6144; T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, Sent., (ud. 25-10-2017) 27-12-2017, n. 12690; T.A.R. Puglia Bari Sez. III, Sent., (ud. 29-11-2017) 27-12-2017, n. 1364; T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, Sent., (ud. 26-09-2017) 15-12-2017, n. 2392.

provvedimento stesso venga adottato, perché ne attendono un vantaggio¹³⁸.

L'ultima fase storica relativa alla tutela del terzo che resta da analizzare è quella che va dalle riforme del processo amministrativo avvenute con la legge n. 205/2000 fino ai giorni nostri. In tale fase, la differenza di tutela tra il destinatario e il terzo si accentua sempre più fino a raggiungere la massima divaricazione con l'adozione del Codice del processo amministrativo, che riconosce una tutela ormai piena ed effettiva alla pretesa in capo al destinatario dell'azione amministrativa, il quale è sempre più visto come titolare di una posizione sostanziale ormai nettamente distinta dall'interesse pubblico¹³⁹; al contrario, al terzo, oltre alle forme di partecipazione procedimentale sopra accennate, sembra che continui sì ad essergli riconosciuta la legittimazione ad agire, ma soltanto a tutela di quell'interesse pubblico, che il giudice gli consente di azionare in quanto

¹³⁸ V. Cerulli Irelli, op. cit., 275 ss.; L. De Lucia, Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi, cit., 40 ss.; G. Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo, cit. 99 ss.; A. Andreani, Individuazione dell'interesse legittimo, in Foro amm., 1973, 746, che considera qualificati gli interessi di cui l'amministrazione deve tener conto nel momento dell'esercizio del potere; R. Montefusco, Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo, in Dir. proc. amm., 1985, 428.

¹³⁹ Nella struttura del processo amministrativo, era stata, già prima del Codice, progressivamente affermata la risarcibilità dell'interesse legittimo; poi venne superata la stessa tipicità dell'azione di annullamento, ritenendo invece ammissibili anche azioni di accertamento autonomo (per garantire al privato l'accertamento della fondatezza della propria pretesa di fronte all'inerzia dell'amministrazione o di fronte al rilascio di un provvedimento illegittimamente negativo). Con l'avvento del Codice venne sancito il principio cardine dell'effettività della tutela e, quindi, sancita la centralità della pretesa sostanziale del ricorrente e introdotta un'azione di adempimento, che rende esplicito il duplice fine dell'azione di annullamento, che mira non solo a eliminare l'atto, ma anche ad accertare la correttezza della pretesa del ricorrente. L'affermazione dell'atipicità della tutela, quale corollario del principio di effettività, contribuisce a recuperare la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e la sua effettiva tutela diviene l'obiettivo del processo che passa dall'atto alla posizione giuridica del ricorrente. Sul punto cfr. V. Dominichelli, Per un processo amministrativo paritario, in Dir. proc. amm., 1996, 415; G.D. Falcon, Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza, in Dir. proc. amm., 2001, 295; A. Police, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, I, Milano, 2003, 30; G. Greco, L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo, Padova, 1980; B. Tonoletti, Mero accertamento e processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2002, 593 ss.; P. Stella Richter, Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, III, cit. 851 ss.; M. Clarich, Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele in www.giustizia-amministrativa.it; A. Pajno, La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione, in Dir. proc. amm., 2010, 140 ss.

titolare, al pari di chiunque, di una sua frazione¹⁴⁰.

Chiarito che i soggetti terzi possono essere in astratto ammessi a prendere parte al procedimento e ad esercitavi le facoltà procedimentali previste dalla legge, si vedrà meglio in seguito che la loro partecipazione non abbia trovato finora molto spazio nella prassi amministrativa, essendo la P.A. piuttosto restia ad ammetterne la partecipazione tramite la comunicazione dell'avvio del procedimento, in nome della speditezza ed economicità dello stesso, ed essendo altresì rari i casi in cui tali soggetti possano avere autonomamente notizia del procedimento e intervenire volontariamente. Spesso, infatti, accade che i terzi hanno conoscenza del procedimento solo quando lo stesso si è già concluso con un provvedimento contro il quale non resta che la eventuale via del ricorso davanti al giudice amministrativo.

Non mancano, peraltro, ipotesi in cui i terzi riescano a prendere parte al procedimento e, quando ciò accade, verrà analizzata nel proseguo la tutela ad essi spettante e si vedrà quali obblighi abbia la P.A. nei loro confronti; a tale scopo si distingueranno i terzi titolari di diritti, i cui interessi devono essere considerati dalla P.A. la quale non può emanare provvedimenti in contrasto con tali interessi, pena l'illegittimità del provvedimento stesso e i terzi titolari di interessi di mero fatto, che possono semplicemente rappresentare il proprio interesse, ma senza potere obbligare la P.A. a emanare un provvedimento conforme alla propria situazione di fatto.

¹⁴⁰ Si pensi alla tendenza dei giudici, soprattutto in materia urbanistica, a riconoscere la legittimazione ad agire a tutti coloro che si trovino comunque in una situazione di collegamento, non effimero ma stabile con la zona stessa. Così, Tar Calabria, Reggio Calabria, 18 giugno 2009, n. 431, ove si aggiunge che il rapporto di *vicinitas* "è sufficiente a sostanziare la legittimazione ad agire, in quanto non può che comprendere in sé l'interesse personale alla conservazione e salvaguardia, in conformità dell'ordinamento, delle caratteristiche costruttive e insediative dell'ambiente circostante".

3.2 Nei Paesi di Common Law.

Si è visto nel paragrafo precedente come, in ambito europeo, la prima vera forma di tutela procedimentale dei terzi sia avvenuta dapprima in Germania, attorno agli anni '70, in cui iniziarono a essere emanate le prime leggi che ammettevano forme allargate di partecipazione da parte di tutti i soggetti interessati nel corso di un procedimento amministrativo; mentre l'Italia, seppure nel medesimo periodo siano state emanate alcune leggi speciali sulla partecipazione, dovrà attendere il 1990 (anno di emanazione della legge generale su procedimento amministrativo) per il riconoscimento a tutti i soggetti interessati (terzi compresi) della possibilità di prendere parte al procedimento e, quindi, di influire sul contenuto dispositivo del provvedimento finale.

Negli Stati Uniti, invece, tali forme di partecipazione iniziarono ad essere previste molto prima rispetto all'Europa. Tuttavia, agli inizi del diciannovesimo secolo il diritto amministrativo era ancora considerato un *illegitimate exotic* quando iniziarono la loro attività i due padri fondatori del diritto amministrativo americano, Frank J. Goodnow e Ernest Freund¹⁴¹. Ambedue avevano studiato in Europa ed entrambi insegnarono alla Columbia Law School.

In quel contesto storico, si iniziò a esaminare la posizione dei privati nei confronti del potere amministrativo delle "Agenzie", i limiti della *regulation* amministrativa, i rapporti tra giudici ed amministrazione, specialmente con riferimento ai nuovi controlli sulle ferrovie e sui servizi di pubblica utilità. Ma nel 1916 l'American Bar Association rilevava che il diritto amministrativo era ancora nella sua infanzia, perché rozzo e imperfetto; nel 1923 Freund osservava che i giuristi americani consideravano il diritto amministrativo ancora come *something new* nella scienza del diritto¹⁴².

Soltanto verso la metà del diciannovesimo secolo iniziarono ad essere

¹⁴¹ F. Frankfurter, *The task of Administrative Law*, 1927, 316 ss.

¹⁴² S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 292 ss.

riconosciuti, in capo ai soggetti privati, veri e propri poteri partecipativi nell'ambito di procedimenti amministrativi, dai quali gli stessi potevano essere, sia pure indirettamente, pregiudicati.

A livello legislativo, in particolare, veniva emanato nel 1946 l'APA (*Administrative Procedure Act*).

Più specificamente, secondo il suddetto atto normativo, che già rispecchiava i caratteri principali di quello che sarebbe stato l'*interest representation model* formulato da Stewart, i soggetti interessati possono esprimere la propria "voce" sia nell'ambito di procedimenti amministrativi particolari che sfociano in un provvedimento puntuale emanato nei confronti di un numero determinato di soggetti, sia nell'ambito di procedimenti amministrativi generali, chiamati *rulemaking* e finalizzati all'adozione di *rules*, di disposizioni dal contenuto generale e rivolte a insiemi indeterminati di destinatari (ad es. atti di pianificazione urbanistica, indirizzati indistintamente a tutti i cittadini e alle imprese che insistono sul territorio interessato)¹⁴³.

In particolare, nei procedimenti formali di *adjudication*, volti all'emanazione di *orders* con destinatari individuali, e di *rulemaking*, volti all'adozione di regolamenti di carattere generale, l'APA garantisce ai privati di presentare memorie scritte e, addurre testimonianze e richiedere *cross-examinations*.

Nelle ipotesi di procedure informali, invece, si distinguono le procedure di *rulemaking* da quelle di *adjudication*.

Nel primo caso, è la stessa legge generale sul procedimento a prevedere garanzie partecipative espressive della formula *notice e comment* attraverso l'obbligo di comunicazione in capo alle *Agencies*. In sostanza, queste ultime devono comunicare l'intenzione di adottare un determinato regolamento, quindi pubblicare un *draft rule* e infine invitare gli interessati a proporre, anche per iscritto o oralmente, osservazioni e proposte sul progetto.

¹⁴³ S. Cassese, Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo, in Riv. trim. dir. pubbl., 2005, 610 ss.

Nel secondo caso manca, invece, una previsione sullo svolgimento informale della procedura, per cui ciascuna *Agency* ne regola la procedura nel rispetto della regola generale della *due process clause* prevista nel quinto emendamento a livello di governo federale e nel quattordicesimo emendamento¹⁴⁴ con riferimento agli Stati membri¹⁴⁵.

La garanzia data alla “voce” degli amministrati prima che la decisione sia presa segna così un passo importante nella storia del diritto amministrativo americano. Manca, tuttavia, un altro aspetto importante e, cioè, la possibilità per gli amministrati di vedere e poter esaminare i documenti amministrativi rilevanti per la decisione; in altri termini, manca la garanzia della “visione”. Garanzia che, logicamente, dovrebbe venire prima di quella che riconosce agli amministrati la possibilità di far sentire la propria voce. Questi ultimi, infatti, potrebbero far valere al meglio le proprie ragioni, (la propria “voce”), se abbiano potuto “vedere” il fascicolo del procedimento¹⁴⁶.

Tuttavia, storicamente, la garanzia della “visione” è venuta dopo. Nell’esperienza statunitense, infatti, la “visione” viene assicurata solo in seguito, tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento, con il *Freedom of Information Act* del 1966 e il *Government in the Sunshine Act* del 1976¹⁴⁷.

In particolare, le esigenze di trasparenza e di informazione trovano

¹⁴⁴ L’espressione giusto procedimento è traducibile come *due process of law*, principio contenuto nel V emendamento della Costituzione statunitense, secondo cui “nessuna persona può essere privata della vita, della libertà, o della proprietà senza debito procedimento legale”. Il riferimento è ad un procedimento basato sulla correttezza e regolarità delle procedure. Sul punto, cfr. G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2016, 200 ss.; V. altresì P. Duret, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, 221 ss.; sulla *due process law*, J. Mashaw, *Due process in the Administrative State*, New Haven, 1985, 10 ss.

¹⁴⁵ Sul punto, G.F. Ferrari, *Il procedimento amministrativo nell’esperienza anglo-americana*, in *Dir. Proc. amm.*, 1993, 420 ss.; G.P. Manzella, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 270.

¹⁴⁶ S. Cassese, *Richard B. Steward e la scienza americana del diritto amministrativo*, op. cit., 620.

¹⁴⁷ In Gran Bretagna, invece, il divario temporale è stato ancora più ampio, in quanto la “voce” era garantita già nel Seicento, mentre, per una disciplina organica della “visione” è stato necessario attendere fino agli esordi del XXI secolo (il *Freedom of Information Act* britannico del 2000).

ulteriore specificazione e rafforzamento nel *Freedom and Information Act* del 1967, come modificato nel 1974, che prevede l'obbligo di informazione in capo alle Agenzie federali e riconosce il diritto di accesso alle informazioni scritte detenute dalle stesse; nel *Government in the Sunshine Act* del 1976, che apre al pubblico alcune sedute delle riunioni di determinate *Agencies*, e nell'*E-government Act* del 2002, che riconosce forme di cooperazione tra le varie agenzie al fine di costituire una rete informatica che consenta al pubblico l'accesso in via telematica con possibilità di proporre osservazioni e commenti ai progetti federali di regolamenti in corso di adozione¹⁴⁸.

Tra gli anni Settanta e Ottanta, la storia del diritto amministrativo statunitense conosce ulteriori sviluppi grazie ai contributi di Stewart; infatti, in quegli anni, il diritto amministrativo americano inizia a prendere concretamente forma e a ruotare effettivamente attorno ai principi della partecipazione nel procedimento amministrativo.

Per comprendere il contributo di Stewart, si rammenta che negli Stati Uniti, dal 1960, sotto la pressione delle associazioni dei consumatori e degli ambientalisti, i legislatori e i giudici hanno iniziato a riconoscere a tutti gli interessati il diritto di essere consultati dalla pubblica amministrazione sulle decisioni collettive o generali, stabilendo, nello stesso tempo, un obbligo in capo all'amministrazione di rispondere adeguatamente alle osservazioni dei cittadini; hanno altresì iniziato via via ad ampliare la legittimazione a ricorrere davanti ai giudici contro le decisioni amministrative; ad introdurre, più tardi, il *negotiated rule making*, consentendo così ai privati di partecipare, negoziando, e non solo presentando osservazioni, al processo di decisione riguardante atti amministrativi generali¹⁴⁹.

Stewart osserva che il modello tradizionale, prevalente nel periodo 1880 - 1960, presentava il diritto amministrativo come cinghia di trasmissione per l'applicazione di leggi a casi particolari, sotto il controllo dei giudici. La

¹⁴⁸ S. Mirate, La democrazia partecipativa, in G. Falcon (a cura di), Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario, op. cit., 31 ss.

¹⁴⁹ M. Shapiro, Two Transformations in Administrative Law: American and European?, *The Europeanisation of Administrative Law*, a cura di K.H. Ladeur, Dartmouth, 2002, 10 ss.

realtà però era diversa, spiega Stewart, in quanto la legge era impotente a limitare la discrezionalità amministrativa. I giudici non riuscivano a tenere le amministrazioni sotto controllo. Le autorità erano prigioniere dei maggiori interessi che ruotavano attorno alle più grandi organizzazioni. Questa situazione poneva il problema della democrazia nell'amministrazione. Per uscire da questa situazione, nota Stewart, dovrebbe essere ulteriormente esteso il diritto di partecipare nel corso del procedimento, nonché riconosciuti come azionabili nuovi interessi. Inoltre, i giudici dovevano iniziare a scegliere *hard look standards* nel riesaminare le decisioni amministrative, e a riconoscere *initiation rights* diretti a rimediare all'inazione dell'amministrazione¹⁵⁰.

Così, i conflitti dinanzi all'amministrazione e le controversie giudiziarie divengono multipolari, perché vi è incluso un più ampio universo di interessi, in modo da raggiungere un equo temperamento tra di loro.

Questo modello di partecipazione politica viene definito da Stewart *interest representation model*¹⁵¹.

La formula statunitense dell'*interest representation model*¹⁵² già riconosciuta dall'*Administrative Procedure Act* del 1946 nell'ottica dell'implementazione di una *good governance*, impone un modello di regolazione fondato sulla partecipazione degli interessi "in modo da assicurare decisioni fondate sulla conoscenza dei fatti e su un ragionevole e motivato equilibrio degli interessi"¹⁵³ e garantisce la partecipazione ai processi decisionali di carattere amministrativo di gruppi portatori di interessi non organizzati, offrendo un contributo collaborativo alle scelte operate dalle *Agencies* nei vari procedimenti amministrativi sia di *rule*

¹⁵⁰ R.B. Stewart, *The reformation of American Administrative Law*, in *Harv., Law Rev.*, vol. 88, 1975, 1657 ss.

¹⁵¹ L'espressione era stata adoperata già nel 1928 da Ernest Freud, nel volume sugli *Administrative Powers over Persons and property*; cfr. sul punto W. C. Chase, *The American Law school and the Rise of Administrative Government* (Medison, University of Wisconsin Press, 1982); cfr. anche J. L. Mashaw, "Administration and Bureaucracy: Administrative Law from Jackson to Lincoln", *Yale Law Journal* 117 (2008): 1568.

¹⁵² R.B. Stewart, *The reformation of American Administrative Law*, op. cit., 1668 ss.

¹⁵³ S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?* In *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 45 ss.

making che di *adjudication*¹⁵⁴.

L'*interest representation model* deve la sua definizione al *leading case* "Overton Park" del 1971, in cui la Corte Suprema ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento amministrativo recante la decisione di finanziare la realizzazione di un'autostrada per l'attraversamento di un *city park*, laddove l'amministrazione non aveva consentito la partecipazione alle parti interessate¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Sulla fase istruttoria del procedimento amministrativo statunitense cfr. R. Perez, L'istruzione nel procedimento amministrativo, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966, 623 ss.

¹⁵⁵ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971). Sul caso, cfr. anche S. Cassese, Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello neoclassico, in L. Torchia (a cura di), Il procedimento amministrativo: profili comparati, Atti del Convegno di Roma, 21 aprile 1993, Padova 1993.

In particolare, nella fattispecie in esame erano in gioco ingenti fondi pubblici per poter finanziare la costruzione di una autostrada ad alta velocità a sei corsie che attraversava un grandissimo parco pubblico vicino la città di Memphis. La difesa sosteneva, in base alle norme vigenti, che tale progetto poteva non essere autorizzato dall'autorità competente in presenza di una valida alternativa al progetto che cagionasse meno danni ai numerosi interessi coinvolti. La maggiore preoccupazione da parte del pubblico riguardava il fatto che dalla costruzione di siffatta opera sarebbe scaturito un deterioramento della qualità della vita all'interno del parco. Parco che conteneva al suo interno zoo, campi da golf, teatri all'aperto, percorsi naturali per fare trekking, un'accademia d'arte, numerose aree dedicate ai picnic, nonché più di 170 acri di foresta. Si discuteva sul fatto che la possibile alternativa poteva consistere nel costruire sì l'autostrada, ma prevedendo che la stessa, nella parte in cui attraversava il parco, passasse nel sottosuolo attraverso un vero e proprio tunnel, ciò al fine di salvaguardare il parco e tutta l'armonia e la bellezza naturale che ruotavano attorno allo stesso.

Il tutto originava da due leggi promulgate dal Congresso al fine di arginare la distruzione delle risorse naturali del Paese, che vietavano al Segretario dei Trasporti di autorizzare l'uso di fondi federali per finanziare la costruzione di autostrade nei parchi pubblici, laddove sussistesse la possibilità di alternative "*feasible and prudent*". I ricorrenti contestavano l'invalidità della determinazione del Segretario, in quanto non aveva indicato nella motivazione perché riteneva tali alternativa insussistenti. La Corte Suprema stabilisce che è compito dei giudici effettuare una *substantial inquiry*, al fine di determinare se il Segretario ha agito nella sfera della sua autorità, se la decisione rientra nello scettro delle scelte disponibili e se esso ha ragionevolmente potuto ritenere che non sussistessero altre alternative che potessero cagionare meno danni.

Il sindacato sulla proporzionalità delle misure generali ha investito, infatti, fin dagli anni Settanta del Novecento, non solo alcuni Stati dell'Europa Occidentale, ma anche gli Stati Uniti, laddove veniva posto in primo piano l'equilibrio della decisione amministrativa e il sacrificio non sproporzionato dei diritti e degli interessi degli amministrati. Tale controllo ha riguardato, specialmente, le misure generali di gestione del territorio, ma potrebbe costituire senza dubbio un paradigma applicabile anche ai procedimenti regolatori generali, che comportano, anch'essi, un'elevata discrezionalità e una ponderazione comparativa di scelte regolatorie e dei molteplici interessi da queste coinvolti.

L'*interest representation model*, spiega Stewart, attribuisce a tutti i gruppi interessati il diritto di partecipare alle procedure di decisione degli uffici pubblici che li riguardano e dispongono i rimedi giurisdizionali per assicurarsi che gli uffici abbiano considerato adeguatamente i loro interessi. Questo modello risponde alla preoccupazione di Madison secondo cui l'interesse generale, in una realtà dominata da fazioni irresponsabili e frammentarie rischia di soccombere, vittima degli interessi particolari di queste ultime. Proprio per cercare di risolvere tale dilemma, si è cercato di dare a tutti gli interessi, inclusi quelli dei gruppi di *public interest*, la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo, sotto il controllo del giudice¹⁵⁶.

Tale modello, che pare introdurre la democrazia nell'amministrazione, presenta, secondo Stewart, numerosi inconvenienti: le risorse non sono distribuite in modo eguale tra i gruppi che partecipano al procedimento, per cui gli interessi non organizzati risultano svantaggiati; i gruppi non rispondono sempre del proprio operato nei confronti di coloro che dovrebbero rappresentare; conflitto e negoziazione producono compromessi, non la cura dell'interesse generale; la partecipazione richiede tempo e risorse, e ritarda le procedure (l'approvazione delle decisioni più importanti richiede almeno 5 anni)¹⁵⁷.

Per risolvere il potenziale deficit democratico prodotto dall'ampia attribuzione di poteri normativi alla burocrazia è stato richiesto a quest'ultima di tener conto di tutti gli interessi coinvolti dalle sue decisioni e di motivare queste ultime. Ma questo modello procedurale presenta costi molto più alti. Per cui o si ricorre alla *deregulation* o si richiede al legislatore di assumere maggiori responsabilità, o si introducono più forti controlli giudiziari¹⁵⁸.

Ciò detto, sia pure in termini molto generali sul pensiero di Stewart

¹⁵⁶ R.B. Stewart, *The reformation of American Administrative Law*, op. cit., 1675 ss.

¹⁵⁷ G. F. Ferrari, *il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, op. cit., 432 ss.

¹⁵⁸ R.B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, op. cit., 1685 ss.

relativo *all'interest representation model*, occorre da ultimo chiarire, considerato che nelle pagine precedenti si è spesso fatto riferimento alla *due process clause*, cosa sia e da quando sia possibile affermare l'esistenza nell'ordinamento americano del c.d. "*due process*"¹⁵⁹.

Il giusto processo, o giusto procedimento, è garantito dalla Costituzione americana per ogni tipo di funzione, giurisdizionale o amministrativa che sia, quando vi sia lesione ad alcuno dei diritti fondamentali di una costituzione di stampo liberale¹⁶⁰.

In particolare, quella del *due process* è una garanzia negativa, che trova esplicitazione quando il potere pubblico, con un provvedimento concreto, apporti limitazioni ai diritti in questione. Inizialmente, perciò, la giurisprudenza della Corte Suprema ha escluso l'applicazione della garanzia ai c.d. diritti di seconda generazione, con particolare alle prestazioni del *welfare state*¹⁶¹.

Successivamente, a partire da gli anni Settanta, anche l'area dei diritti sociali è stata compresa nel *due process*, attraverso un'interpretazione evolutiva della nozione costituzionale di proprietà, la c.d. *new property*¹⁶².

A tal fine, il diritto di proprietà viene esteso fino a farvi rientrare anche i diritti sociali di cui il soggetto privato goda concretamente – stabilità del posto di lavoro nel pubblico impiego, sussidi di disoccupazione o di invalidità, etc.- e che pertanto possono già essere annoverati nel patrimonio giuridico del soggetto¹⁶³.

Il giusto procedimento è dunque sempre previsto per la revoca di questi benefici, ma non per la loro iniziale acquisizione. Quindi, pur nel

¹⁵⁹ Abbiamo accennato in precedenza al fatto che tale espressione è traducibile come "giusto processo" o "giusto procedimento".

¹⁶⁰ P. Mezzanotte, Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2010.

¹⁶¹ Ad es., con riferimento al settore del pubblico impiego e dei licenziamenti disciplinari, cfr. *Barley v. Richardsom*, 182 F, 2nd [D.C. Circ. 1950].

¹⁶² Il famoso saggio di R.B. Reich, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, 201 ss.

¹⁶³ Il leading case della giurisprudenza in questione è il celebre *Goldberg v. Kelly*, 397 US 254 (1970).

mutamento della forma di stato dovuta all'espansione del welfare a partire dal New Deal, le vicende giurisprudenziali della "*due process clause*" continuano a denotare la originaria ispirazione liberale, nel momento in cui il cittadino è garantito contro il potere pubblico con il giusto procedimento solo quando venga privato di un diritto di cui già dispone¹⁶⁴.

Quanto al tipo e alle intensità delle garanzie procedurali che la giurisprudenza richiede, sempre a partire dagli anni Settanta la Corte Suprema afferma che il procedimento, specie nel diritto amministrativo, può essere più o meno aggravato – ad es. prevedendo un'audizione orale o un contraddittorio cartaceo, contemplando o meno il diritto alla prova, richiedendo una motivazione completa o succinta, ecc. – a seconda del diritto che viene in considerazione e, insieme, delle esigenze di celerità ed efficienza amministrativa, che invece richiederebbero, il più delle volte, economia di forme e procedure¹⁶⁵. Il primo elemento, cioè la necessità specifica che la posizione giuridica sostanziale goda di adeguate garanzie di procedimento, viene bilanciato con il secondo, ossia il principio di efficienza ed efficacia dell'amministrazione. Tale bilanciamento è condotto caso per caso e ciò rende la regola del *due process* ancora più flessibile e sfumata, e molto ampia, invece, la discrezionalità di apprezzamento del giudice, il quale di fatto ha il potere di imporre una propria politica del giusto procedimento, che prevale anche su quella del legislatore¹⁶⁶.

Nel diritto statunitense, quindi, la questione del giusto procedimento è strettamente ancorata alla natura e al tipo di diritto sostanziale che è alla base di esso e, all'evidenza, l'estensione del principio costituzionale non copre tutta la sfera dell'azione amministrativa, né, quando il principio stesso viene in rilievo, deve essere applicato con eguale intensità in ogni situazione¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Cfr. Board of Regent v. Roth, 408 US 564 (1972).

¹⁶⁵ Cfr. Methews v. Eldrige, 424 US, 319 (1976).

¹⁶⁶ R. Nania, L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali, Saggi e casi di studio, Torino, 2010, 112 ss.

¹⁶⁷ Con riguardo alla dottrina, si vedano anche F.H.Esterbrook, Substance and Due process, in Supreme Cort Law Review, 1982, 95 ss.; R.B. Stewart, The Reformation of American Administrative Law, op. cit., 1669 ss.

Con riferimento, invece, alla giurisprudenza costituzionale italiana, è possibile intravedere della analogie con le vicende del *due process* americano. Anche la Corte italiana, infatti, si rivela tanto più sensibile alle garanzie del giusto procedimento quanto più il valore in gioco è vicino alla sfera dei principi supremi o dei diritti fondamentali¹⁶⁸.

Così, la giurisprudenza sulla necessità del procedimento disciplinare per le sanzioni nel pubblico impiego non appare più come un'eccezione alla regola, ma come la conseguenza della posizione fondamentale del lavoro nella Costituzione, sia come principio, sia come diritto del singolo. Il bene della vita, che talvolta resta sullo sfondo (anche se il Giudice delle Leggi tiene sempre presente) è infatti proprio il lavoro, unito talvolta al profilo funzionale dell'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione, che impedirebbe licenziamenti sommari o arbitrari, cioè condotti senza un'adeguata istruttoria¹⁶⁹.

4. La tutela procedimentale dei terzi.

È stato finora delineato il percorso storico della tutela amministrativa dei terzi e si accennato alle due principali categorie di terzi, ossia a quella dei terzi che risultano titolari di interessi che l'ordinamento specificamente tutela e quella di coloro, invece, che non sono titolari di una posizione giuridica qualificata e che sono spesso considerati come titolari di una frazione dell'interesse pubblico, al fine di rendere esigibile il comportamento doveroso dell'amministrazione¹⁷⁰.

Si tratta ora di delineare meglio tali tipologie di terzi e capire se, nell'ordinamento vigente, a ciascuna di esse possa o meno spettare una qualche tutela già nella fase procedimentale, cogliendo, in particolare,

¹⁶⁸ P. Mezzanotte, Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti, op. cit., 23 ss.

¹⁶⁹ R. Nania, L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali, Saggi e casi di studio, op. cit., 118 ss.

¹⁷⁰ L. Mannori, B. Sordi, Storia del diritto amministrativo, cit., 342.

l'eventuale differenza di tutela spettante all'una o all'altra categoria durante l'esercizio del potere.

Nell'iniziare ad analizzare la prima categoria, ci si chiede prima di tutto quando il terzo possa essere considerato titolare di un interesse giuridicamente rilevante nei confronti dell'amministrazione e possa quindi essere tutelato dall'ordinamento durante l'esercizio dell'azione amministrativa.

Si ritiene, in via generale, che il terzo possa ritenersi titolare di un diritto nei confronti dell'amministrazione quando una norma impone a quest'ultima un preciso comportamento al fine di soddisfare l'interesse particolare di quel particolare soggetto¹⁷¹ e non per soddisfare un mero interesse generale, perché in quest'ultimo caso tutti ben potrebbero indirettamente beneficiare di quel comportamento obbligatorio e trarne indirettamente vantaggio¹⁷²; occorre, cioè, che l'obbligo sia imposto all'amministrazione a tutela di un interesse individuale del terzo, autonomo rispetto agli interessi che fanno capo al gruppo cui quel soggetto appartiene. Occorre, infatti, che l'interesse del terzo sia preso in considerazione non da una qualsiasi norma giuridica¹⁷³, bensì da particolari norme che, nel disciplinare i rapporti tra terzo e destinatario dell'azione amministrativa, forniscano, esplicitamente o almeno implicitamente, i criteri che permettano di imputare tale interesse a particolari soggetti, distinti dal *quisque de populo*¹⁷⁴.

¹⁷¹ N. MacCormick, Rights in legislation, in P.M.S. Hacker, J. Raz, Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L. Hart, Oxford, 1977, 189 ss.

¹⁷² Cons. St., sez. V, 11 dicembre 1992, n. 1465, in Cons. St., I, 1992, 181; F. Trimarchi Banfi, L'interesse legittimo, cit. 1007; R. Montefusco, Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo, in Dir. proc. amm., 1985, 428.

¹⁷³ A. Romano (a cura di), op. cit., 282 ss.; B. R. Giovagnoli e M. e Fratini, Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza, 2007, Milano, tomo II, 133 ss.; B. Antoci, La norma giuridica, 2013, 7 ss., articolo pubblicato su Studio Cataldi, Quotidiano Giuridico, Ascoli Piceno, 29 Agosto 2013; F. Siciliano, La legalità amministrativa e certezza del diritto. Riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali, 2010, Milano, 73 ss.;

¹⁷⁴ S. Bucello, L'accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente, in Dir. proc. amm., Milano, Giuffrè, 2014, fasc. 1; A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1984, 107.

Per esempio, si consideri la norma sulle distanze tra farmacie di cui all'articolo 1, comma 4, legge 2 aprile 1968 n. 475¹⁷⁵. Tale norma, nel disciplinare il rapporto pubblicistico tra amministrazione, che deve esercitare un potere autorizzatorio, e il privato che presenta domanda per l'apertura di una nuova farmacia, impone alla stessa amministrazione, nell'esercizio del suddetto potere, di considerare anche l'interesse dei titolari di eventuali altre farmacie poste nelle vicinanze; questi ultimi sono soggetti terzi rispetto al rapporto tra amministrazione, da una parte, e l'interessato, dall'altra, e il legislatore, consapevole che tali soggetti terzi potrebbero essere incisi negativamente dal provvedimento autorizzatorio rilasciato a favore dell'istante, vieta all'amministrazione di autorizzare l'apertura di una nuova farmacia a una distanza inferiore a quella legale, conciliando così l'interesse generale alla uniforme distribuzione sul territorio del servizio di assistenza farmaceutica con l'interesse individuale di eventuali terzi a non subire la concorrenza sleale¹⁷⁶.

Altre ipotesi in cui possono essere coinvolti interessi di soggetti terzi titolari di diritti nei confronti dell'amministrazione possono aversi con riferimento ai permessi di costruire. In tale ambito, infatti, basti considerare l'art. 11, comma 3, del T.U. Edilizia¹⁷⁷ per comprendere come il fine del legislatore sia anche quello di tutelare l'interesse di eventuali soggetti, diversi dal destinatario, che potrebbero subire un pregiudizio in occasione dell'esercizio del potere autorizzatorio in materia edilizia¹⁷⁸.

In tali fattispecie, peraltro, i diritti di tali terzi non sono espressamente considerati da norme pubblicistiche (quelle che disciplinano l'esercizio del

¹⁷⁵ L'articolo in commento dispone che *"chi intende trasferire una farmacia in un altro locale nell'ambito della sede per la quale fu concessa l'autorizzazione deve farne domanda all'autorità sanitaria competente per territorio. Tale locale [...] deve essere situato ad una distanza dagli altri esercizi (farmaceutici) non inferiore a 200 metri. La distanza è misurata per la via pedonale più breve tra soglia e soglia delle farmacie"*.

¹⁷⁶ S. Colombari, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.* 2011, 419 ss.

¹⁷⁷ Art. 11 del D.P.R. n. 380/2001 dispone che 1) Il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo; 2) Il permesso di costruire è trasferibile, insieme all'immobile, ai successori o aventi causa. Esso non incide sulla titolarità della proprietà o di altri diritti reali relativi agli immobili realizzati per effetto del suo rilascio. È irrevocabile ed è oneroso ai sensi dell'articolo 16; 3) Il rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti dei terzi.

¹⁷⁸ L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritto dei terzi*, op. cit., 65 ss.

potere amministrativo nel settore dell'edilizia), bensì da norme privatistiche che incidono sul medesimo settore. I diritti dei terzi, che il T.U. sopra richiamato mira a tutelare, infatti, sono previsti da varie norme civilistiche in materia di proprietà¹⁷⁹, nonché da norme complementari al codice civile¹⁸⁰, che impongono il rispetto di distanze minime nell'esercizio dello *ius aedificandi*¹⁸¹. Risulta evidente che tali obblighi di costruzione che il legislatore impone sono rivolti non solo al soggetto privato che intende costruire, ma anche alla stessa amministrazione che, nel decidere se rilasciare o meno il permesso edilizio e quindi nel se soddisfare o meno l'interesse del diretto destinatario dell'azione amministrativa, dovrà valutare nel caso concreto, oltre all'interesse pubblico ad un assetto urbanistico ordinato (garantito dal rispetto delle norme secondarie del PRG che, a loro volta, dovranno essere conformi a quelle primarie del CC), anche l'interesse individuale di eventuali soggetti terzi alla "fruizione di un distacco congruo"¹⁸².

O, ancora, con riferimento alla gestione di impianti di smaltimento rifiuti, vi sono varie norme pubblicistiche che, nel disciplinare tale fattispecie, impongono, tra l'altro, anche il rispetto di precisi valori limite di inquinamento a tutela di interessi individuali di soggetti terzi che potrebbero eventualmente essere pregiudicati dalla gestione di tali

¹⁷⁹ G. C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, 660 ss.

¹⁸⁰ Si consideri il D.M. n. 1444/1968 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi, da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge n. 76/1967, nonché delle norme contenute nei regolamenti urbanistici ed edilizi che vi derogano).

¹⁸¹ Ad esempio, l'art. 873 c.c. stabilisce che "le costruzioni su fondi finitimi, se non sono unite o aderenti, devono essere tenute a distanza non minore di tre metri; nei regolamenti locali può essere stabilita una distanza maggiore". La maggior parte degli strumenti urbanistici locali, infatti, stabilisce che la distanza minima di un fabbricato dai confini di proprietà sia almeno di cinque metri. Per quanto riguarda, invece, le distanze tra edifici antistanti aventi almeno una parete finestrata, l'art. 9 del D.M. 1444/1968 prescrive una distanza minima di 10 metri.

¹⁸² Cfr. *ex plurimis* Corte Cass., sez. II civile – 24/3/2005 n. 6401; 29/4/1999 n. 4343; C. Stato, sez. V: 23 giugno 1997, n. 699, in *Foro amm.*, 1997, 1665; 30 aprile 1997, n. 425, in *Foro amm.*, 1997, 1105; Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 30.08.2007 n. 834.

impianti¹⁸³. Evidentemente, come avremo occasione di approfondire in seguito, non deve trattarsi di terzi qualsiasi, ma di soggetti terzi che si trovano in una posizione particolare rispetto alla ubicazione di tale impianto (proprietari limitrofi o titolari di altri diritti reali su terreni confinanti)¹⁸⁴.

Con riferimento, invece, alla seconda categoria di terzi occorre precisare che si tratta specificamente di soggetti che sono “toccati”, sia pure indirettamente, dall’esercizio del potere amministrativo, ma il cui interesse ad un bene della vita non è ritenuto meritevole di tutela dall’Ordinamento e, pertanto, resta un interesse di mero fatto.

Ad esempio, sempre con riferimento al settore dell’edilizia, il permesso di costruire rilasciato a Tizio potrebbe ledere l’interesse del vicino di casa a trovare parcheggio¹⁸⁵ o alla “qualità della vita” (declinato nella accezione a non avere troppo traffico sotto le finestre di casa¹⁸⁶; o, ancora, potrebbe pregiudicare il diritto dello stesso vicino al panorama¹⁸⁷ lesa dalla nuova costruzione¹⁸⁸. Tali pretese del terzo (vicino) non ha, a ben vedere, alcun

¹⁸³ Si pensi alla legge quadro sull’inquinamento acustico n. 447/1995 così come integrata dal DPCM 14 novembre 1997 sulla determinazione dei valori limite delle sorgenti sonore, che prevedono precisi valori limite di inquinamento acustico; oppure si considerino le norme che disciplinano la sicurezza degli impianti sotto il profilo delle distanze da centri abitati, corsi d’acqua, etc., distanze che le Amministrazioni devono controllare al momento del rilascio di un’autorizzazione. Si veda per es. l’art 32, comma 1, della legge regionale veneta n. 3/2000, in materia di gestione di rifiuti, ai sensi del quale “le discariche per rifiuti urbani e per rifiuti speciali devono distare dagli edifici destinati ad abitazione almeno 150 metri qualora trattasi di discariche per soli rifiuti secchi, a 250 metri negli altri casi. IN questi casi la legge riconosce meritevoli di tutela solo quegli interessi di coloro che risiedono entro la distanza minima indicata, i quali possono agire per lamentare la violazione di quella determinata distanza, posta a garanzia del loro diritto.

¹⁸⁴ Cfr., tra l’altro, Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 245; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2012, n. 2460.

¹⁸⁵ Cfr. Tar Molise, Campobasso, sez. I, 11 giugno 2014, n. 377 dove è stato riconosciuto meritevole di tutela l’interesse dei vicini a trovare parcheggio, in relazione a un permesso di costruire rilasciato a favore di un’impresa di costruzione sulla base di un progetto che non prevedeva un numero minimo di parcheggi; tutto ciò sulla base della considerazione che “la disponibilità di sufficienti spazi di parcheggio nella zona agevola l’abbattimento dell’indice di affollamento veicolare e traffico con vantaggi evidenti per tutti gli abitanti della zona”.

¹⁸⁶ Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 18 settembre 2014, n. 351.

¹⁸⁷ Tar Abruzzo, Pescara, 20 aprile 2010, n. 276.

¹⁸⁸ Tar Veneto, Venezia, sez. II, 9 maggio 2013, n. 684; i giudici riconoscono spesso ai frontisti l’interesse, meritevole di tutela, a non subire la costruzione di un complesso residenziale e ciò sulla base della considerazione che una cosa è avere di fronte la propria

fondamento normativo¹⁸⁹. Per quanto, infatti, il diritto di proprietà edilizia possa avere corollari riconducibili al suo valore d'uso piuttosto che a quello di scambio¹⁹⁰ non vi sono norme (pubblicistiche, ma neanche privatistiche) che ne ampliano i confini fino a coprire la mera aspettativa al parcheggio sotto casa o alla bella vista; pertanto, il rapporto di vicinanza non basta a elevare tali interessi (di mero fatto) a interessi giuridicamente rilevanti e il terzo in questi casi resta il "chiunque", anche se più intensamente toccato, sul piano fattuale, dall'azione amministrativa¹⁹¹.

Anche in materia di esercizio di attività economica è possibile individuare fattispecie nelle quali il terzo risulta titolare di interessi non tutelati dall'ordinamento giuridico. Infatti, possiamo osservare che, nel caso in cui non ci siano norme (come quelle sopra richiamate in tema di distanze tra farmacie) che tutelano specificamente l'interesse del terzo a non subire la concorrenza di un competitore, la pretesa del "vicino" di impedire che l'attività del concorrente comporti una riduzione del valore economico della propria attività, non solo è priva di fondamento normativo, ma risulta anche in palese contrasto con la *ratio* della stessa disciplina in materia di concorrenza¹⁹². La legge, infatti, non tutela il diritto ad avere poca

residenza una fascia agricola di territorio precollinare e altra cosa essere invece fronteggiati da un insediamento residenziale.

¹⁸⁹ Come sembra riconoscere altra parte della giurisprudenza: cfr. per es., Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 5 novembre 2009, n. 652, dove si afferma chiaramente che "il calo dei valori di mercato degli immobili" e l'aggravio del traffico stradale sono considerati interessi "privi di consistenza giuridica".

¹⁹⁰ A. Di Majo, L. Francario, Proprietà edilizia, in Enc. Dir., XXXVII, Milano, 1988, 351.

¹⁹¹ Diversa sarebbe la conclusione qualora sia la legge stessa o i regolamenti urbanistici a prevedere il rispetto di determinate altezze nella costruzione dei manufatti al fine specifico di garantire il diritto alla bella vista dei vicini: solo in tal caso i vicini sarebbero legittimati a far valere un vero e proprio diritto a che siano rispettate certe altezze, in quanto previste (anche) a loro beneficio. A ben vedere, tuttavia, il "pati" causato dalla vicinanza trova fondamento nel dovere di solidarietà ex art. 2 Cost. Cfr. sul punto anche G. Mannucci, op. cit., 301.

¹⁹² Cfr. Tar Liguria, sez. I, 23 dicembre 2013, n. 1584, in Foro amm., 2013, 3700, dove si osserva che "l'interesse ad impedire l'esercizio delle attività commerciali di operatori concorrenti non è meritevole di tutela secondo l'Ordinamento giuridico, posto che la concorrenza, di per sé, non è fattore legittimante quando è invocata al fine di inibire l'esercizio della medesima attività ad altri operatori del settore".

concorrenza, ma, al contrario, sancisce il diritto alla libera iniziativa economica¹⁹³.

Una volta esaminate entrambe le categorie di soggetti terzi che possono essere coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo, si cercherà ora di capire se e quale tipo di tutela possa ad essi spettare durante un procedimento amministrativo finalizzato all'adozione (o meno) di un provvedimento nei confronti di un preciso destinatario. Ma, prima ancora, occorre chiedersi se tutti gli eventuali terzi possano partecipare a tale procedimento o se, invece, vi possano partecipare solo i terzi titolari di diritti e non anche quelli titolari di interessi di mero fatto.

A quest'ultima domanda si è in parte già risposto nel precedente paragrafo, dove è stato chiarito come la partecipazione di tutti i terzi sia ammessa in via generale ai sensi degli articoli 7 e 9 della legge n. 241/1990. Entrambe le disposizioni, infatti, legittimano la partecipazione al procedimento di eventuali soggetti che dal provvedimento potrebbero subire un pregiudizio¹⁹⁴.

L'art. 9, in particolare, riconosce la facoltà di intervenire nel procedimento anche ai cosiddetti interventori eventuali, ossia a quei soggetti terzi che, a differenza delle parti necessarie, non subiscono nella loro sfera giuridica un effetto giuridico in senso tecnico, in esito all'episodio di esercizio del potere: a fronte del quale essi sono portatori di interessi, anche se profondamente sentiti nella loro sfera soggettiva, ascrivibili all'ambito dei fatti (abbiamo accennato nelle pagine precedenti all'interesse

¹⁹³ Cfr. anche Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2013, n. 940, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 213 ss., con nota di S. Bucello, *L'accesso alla tutela*, cit. 2015 ss., in cui si considera il caso del titolare di una stazione di servizio contrario all'apertura di un impianto di carburante sito sulla medesima strada e nella medesima direzione di marcia, a un chilometro di distanza. In tale ipotesi, il Consiglio di Stato ha ritenuto non applicabile la normativa relativa alle distanze tra impianti in quanto contrastante con la libertà di stabilimento; pertanto, l'interesse del concorrente vicino ad impedire l'esercizio dell'attività della società concorrente è stato ritenuto non meritevole di tutela se messo in relazione alle norme e ai principi comunitari.

¹⁹⁴ Cfr. sul punto M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 346, la quale osserva che l'elemento di distinzione tra i soggetti esposti a un potenziale pregiudizio di cui all'art. 7 e quelli richiamati dal successivo art. 9 si rinviene nella specificazione che soltanto i primi sono destinatari della comunicazione di avvio del procedimento. Pertanto, le categorie contemplate dall'art. 7 si pongono in un rapporto di specie a genere con quelle descritte nell'art. 9, che riconosce la facoltà di intervenire anche ai cosiddetti interventori eventuali, che hanno la facoltà di intervenire su base volontaria quando per altre vie sono venuti a conoscenza dell'apertura di un procedimento che potrebbe danneggiarli.

dei proprietari del fondo vicino a che la discarica non venga realizzata, in quanto la stessa renderebbe l'area meno vivibile e più difficilmente commerciabile). Interessi di questo tipo, del tutto irrilevanti nei rapporti di diritto comune, nell'ambito di rapporti di diritto pubblico possono assurgere in determinati casi alla configurazione di interesse legittimo¹⁹⁵. Tali particolari terzi, pur non annoverati tra i destinatari dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7, hanno pertanto la facoltà di intervenire su base volontaria, quando per altre vie siano venuti comunque a conoscenza dell'apertura di un procedimento che potrebbe danneggiarli¹⁹⁶.

Occorre notare come entrambe le disposizioni condizionino l'ingresso dei terzi nel procedimento alla probabilità di subire un pregiudizio dal futuro provvedimento. In particolare, con il termine pregiudizio s'intende la probabile conseguenza negativa che potrà derivare alla situazione giuridica soggettiva dei singoli non direttamente incisi dal futuro provvedimento. Peraltro, nessuna delle due norme specifica il tipo (il grado) di pregiudizio necessario affinché i terzi possano prendere parte al procedimento; tuttavia si presume, in applicazione di un criterio di ragionevolezza, che il pregiudizio non debba essere né irrilevante né lieve, ma debba presentarsi apprezzabile dal punto di vista giuridico¹⁹⁷. Inoltre, lo stesso pregiudizio configurabile nella posizione dei terzi non potrà essere attuale, ma solo potenziale¹⁹⁸. In particolare, la sussistenza del pregiudizio si ritiene

¹⁹⁵ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op. cit., 275 ss.;

¹⁹⁶ M.C. Romano, op. cit., 347 ss. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 245, dove è precisato quanto si riveli fondamentale in materia edilizia, ai fini della conoscenza del futuro pregiudizio derivante dal provvedimento, l'eventuale presenza del cartello dei lavori che ha la funzione di esporre al pubblico i titoli edilizi rilasciati e i nominativi dei responsabili dell'attività edilizia in corso, onde consentire a eventuali controinteressati di far valere in sede amministrativa e/o giurisdizionale le proprie posizioni giuridiche soggettive eventualmente lese dall'attività edilizia.

¹⁹⁷ M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 318.

¹⁹⁸ In particolare, trovandosi la partecipazione nella fase istruttoria, non sarebbe possibile determinare con certezza, soprattutto in presenza di provvedimenti discrezionali, il contenuto dispositivo del futuro provvedimento al fine di verificarne il carattere eventualmente pregiudizievole. Cfr. sul punto M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 348, la quale spiega come la partecipazione presupponga un giudizio prognostico in ordine alla sussistenza di una relazione giuridicamente protetta tra un soggetto e un bene della vita; relazione che potrebbe essere potenzialmente minacciata dall'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento, soltanto all'esito del quale sarà possibile

configurabile non solo in presenza di una lesione potenziale di una situazione soggettiva già nella titolarità del soggetto, ma anche laddove si presenti l'eventualità che un'aspettativa possa essere vanificata dall'emanazione del provvedimento conclusivo dell'iter procedimentale. Pertanto, nel novero dei soggetti che potrebbero subire un pregiudizio non si trovano unicamente coloro che dall'emanazione del provvedimento finale potrebbero subire effetti svantaggiosi, ma anche coloro che potrebbero ottenere un risultato vantaggioso dal provvedimento osteggiato dal diretto destinatario¹⁹⁹.

Una volta chiarito che entrambe le categorie di terzi possono partecipare al procedimento, verrà esaminata la tutela procedimentale ad essi spettante durante l'esercizio del potere amministrativo.

Prima di tutto, va chiarito che, mentre dal punto di vista del destinatario la partecipazione procedimentale svolge essenzialmente una funzione collaborativa, volta cioè a rappresentare all'amministrazione il proprio interesse e consentirle così di comparare meglio i vari interessi coinvolti e meglio perseguire l'interesse pubblico concreto²⁰⁰, dal punto di vista del terzo, invece, questa esplica essenzialmente una funzione difensiva, attraverso la quale, cioè, il terzo cerca di far emergere il proprio

conoscere se e in quale modo esso produrrà effetti pregiudizievoli sulle situazioni giuridiche coinvolte.

¹⁹⁹ Il pregiudizio, menzionato dall'art. 7, così come dal successivo art. 9, non discende da un danno ingiusto così come disciplinato dall'art. 2043 c.c. e, pertanto, non è fonte di risarcimento, ma deriva invece da un atto legittimo dell'amministrazione, la quale, nell'ambito del procedimento, potrebbe privilegiare determinati interessi, sacrificando quelli di un soggetto terzo, che avrebbe interesse ad intervenire per contestare la legittimità del provvedimento per lui svantaggioso. Inoltre, il verificarsi di un pregiudizio non comporta automaticamente la corresponsione di un indennizzo a favore del soggetto terzo. Cfr. sul punto M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 319.

²⁰⁰ M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 295; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 349; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale: Ordinamento nazionale e diritto europeo*, op. cit., 29 ss.; A. Lucarelli, *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Pol. dir.*, 2003, 129 ss.; M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283 ss.; F. Trimarchi, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 627 ss. S. Cognetti, *"Qualità" e "quantità" della partecipazione*, Milano, 2000, 54 ss.; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. Travi, *Interessi procedimentali e pretese partecipative: un dibattito aperto (a proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 547 ss.; S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale*, cit., 352 ss.

interesse oppositivo rispetto al provvedimento con l'intento quindi di non permettere all'amministrazione, attraverso tale provvedimento, di modificare la propria sfera giuridica²⁰¹.

Pertanto, è possibile definire in via generale la partecipazione del terzo come una vera e propria opposizione finalizzata ad impedire, in tutto o in parte, che il provvedimento richiesto dal destinatario venga adottato (rigetto totale o parziale dell'istanza) o finalizzata a modificarne il contenuto assumendo che, altrimenti, l'effetto del provvedimento sarebbe incompatibile con il proprio interesse²⁰².

Con riferimento alla prima categoria di terzi e cioè con riferimento ai terzi il cui interesse è tutelato da specifiche disposizioni normative, si precisa che questi ultimi sono tutelati non solo in caso di partecipazione attiva al procedimento amministrativo, ma anche in caso di mancata partecipazione. In quest'ultimo caso, infatti, anche se la tutela ad essi spettante sarà di minore intensità, l'amministrazione sarà comunque tenuta a rispettare il loro interesse e ciò in quanto tale interesse risulta tutelato direttamente da specifiche disposizioni normative. Queste considerazioni danno atto della circostanza per cui, superando una visione oggettiva della normativa sul procedimento, ossia appuntata unicamente sul provvedimento e correlativamente sull'interesse pubblico, si acceda, invece, a una lettura che la vede invece preordinata anche alla tutela e alla realizzazione di situazioni giuridiche private. Tutto ciò non significa negare che l'attività amministrativa sia finalizzata alla cura di interessi pubblici, ma

²⁰¹ A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 189 ss.; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, 184 ss.; cfr. sul punto anche Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6959: *“La funzione della partecipazione del cittadino nel procedimento amministrativo attraverso la presentazione di osservazioni e controdeduzioni è quella di far emergere gli interessi, anche spiccatamente privati, che sottostanno all'azione amministrativa discrezionale, in modo da orientare correttamente ed esaustivamente la stessa scelta della pubblica amministrazione attraverso una ponderata valutazione di tutti gli interessi (pubblici e privati) in gioco per il raggiungimento della migliore soddisfazione possibile dell'interesse pubblico”*.

²⁰² R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in Riv. Trim. dir. proc. amm., 1/2003, 1037 ss.; G. Bergonzini, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 235; N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in Dir. amm., 1996, 413 ss.; A. Andreani, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella legge n. 241/1990. A quarant'anni dalla promulgazione di Feliciano Benvenuti*, Aa. Vv., Studi in onore di Feliciano Benvenuti, Modena, 1996, 97 ss.

unicamente che questa finalità deve essere perseguita compatibilmente con la tutela delle situazioni giuridiche e delle relazioni private, così come stabilite nell'ordinamento²⁰³.

Ove non ci sia partecipazione, in particolare, la verifica del pregiudizio sulla sfera del terzo può avvenire unicamente *ex post*, all'esito dell'esame dell'atto e del suo contenuto; quel che è certo è che il provvedimento emanato in violazione della norma a favore del terzo comporta senz'altro la lesione dell'interesse legittimo del terzo, anche in caso di sua inerzia procedimentale²⁰⁴.

L'amministrazione, pertanto, nel valutare se accogliere o meno la richiesta avanzata dal destinatario nell'esercizio di un potere che coinvolge, oltre a quest'ultimo, anche soggetti terzi titolari di diritti, dovrà accertare in concreto che l'eventuale provvedimento rilasciato a favore di quest'ultimo non leda la sfera giuridica dei terzi e ciò a prescindere dalla partecipazione di questi ultimi al procedimento²⁰⁵; tale provvedimento infatti sarà certamente idoneo a produrre sì degli effetti giuridici non solo nei confronti del destinatario, ma anche nei confronti dei terzi e tali effetti, in primo luogo, non potranno essere lesivi della loro posizione (così come tutelata dall'Ordinamento) e, in secondo luogo, non potranno certo essere effetti costitutivi, idonei cioè a creare in capo al terzo una situazione giuridica nuova, bensì saranno semplicemente effetti dichiarativi, cioè finalizzati a meglio specificare una situazione giuridica già esistente in capo al terzo²⁰⁶.

Ad esempio, con riferimento alle citate norme sulle distanze minime da rispettare o sulle soglie di valori di inquinamento da non superare,

²⁰³ L. De Lucia, op. cit., 120 ss.

²⁰⁴ L. De Lucia, op. cit., 134 ss.

²⁰⁵ Se l'amministrazione è certa che il provvedimento leda la posizione del terzo dovrà evitare la produzione di quel pregiudizio (su di essa incombe un dovere generale di protezione anche nei confronti di soggetti diversi dal destinatario. Cfr. sul punto L. De Lucia, op. cit., 62 ss.

²⁰⁶ Per esempio, l'ordine di demolizione di una casa che è costruita a distanza inferiore a quella prevista dal regolamento comunale o il rigetto di un'istanza finalizzata a ottenere un permesso di costruire senza rispettare le suddette distanze produrranno effetti dichiarativi nei confronti del terzo di tipo rafforzativo; o l'autorizzazione alla gestione di un impianto di smaltimento rifiuti rilasciata dettando particolari misure restrittive in capo al gestore al fine di renderla compatibile con i diritti previsti in capo al terzo produrrà in capo al terzo effetti dichiarativi di tipo specificativo. Cfr. sul punto L. de Lucia, op. cit., 99 ss.

l'amministrazione, nel valutare se rilasciare a Tizio (destinatario) l'autorizzazione ad aprire una nuova farmacia o un permesso di costruire o l'autorizzazione alla gestione di un impianto di smaltimento rifiuti, dovrà considerare anche l'interesse di eventuali terzi, a prescindere dalla loro partecipazione al procedimento, e, cioè, dovrà in ogni caso verificare in concreto se Tizio, nel progetto allegato alla propria domanda, abbia rispettato quelle norme e, quindi, i diritti di tali terzi (ad es. dal progetto risulta che in concreto è stata rispettata la distanza tra edifici o tra farmacie o una servitù *altius non tollendi* a favore del terzo o, ancora, che non sono state superate le soglie di valori di inquinamento prescritte dalla legge)²⁰⁷. Pertanto, anche se costoro non partecipano al procedimento l'amministrazione dovrà comunque rispettare le norme in loro favore, acquisendo nel procedimento, tra l'altro, tutti gli interessi dei terzi che potrebbero essere lesi e adottando tutte quelle cautele necessarie per non pregiudicare la loro posizione giuridica, fino al punto di giungere al diniego del provvedimento favorevole al destinatario in caso di riscontrata lesione dei diritti dei terzi²⁰⁸.

Da quanto sopra esposto emerge chiaramente che la mancata partecipazione al procedimento dei terzi (titolari di diritti) non esonera l'amministrazione dal tutelare il loro interesse e ciò in quanto tale interesse è direttamente disciplinato da precise disposizioni normative che l'amministrazione non può non applicare, pena l'illegittimità dello stesso provvedimento.

A questo punto ci si chiede che cosa cambi se i terzi, invece, partecipano al procedimento.

Sicuramente, la partecipazione dei terzi aggiunge un *quid pluris* al procedimento amministrativo in quanto fa emergere un diritto incompatibile con gli effetti in corso di produzione. In particolare,

²⁰⁷ L. De Lucia, op. cit., 130.

²⁰⁸ Se il terzo non partecipa al procedimento e qualora l'amministrazione non dovesse tenere in considerazione i suoi interessi così come tutelati dalla legge, allora il terzo potrà rappresentare la propria posizione giuridica lesa e la violazione di precise norme a suo favore però non più davanti alla stessa amministrazione, ma direttamente davanti al G.A. (la sua difesa non sarà più anticipata alla fase procedimentale). Cfr. L. De Lucia, op. cit., 132 ss.

attraverso la partecipazione il terzo ha la possibilità di specificare meglio il proprio interesse nel caso concreto. In tal caso, l'interesse del terzo sorge con l'apertura del procedimento e si sostanzia in una serie di facoltà procedurali, tra cui la possibilità di presentare opposizione²⁰⁹.

Tornando alla fattispecie sopra esaminata, se il terzo partecipa nel corso del procedimento volto al rilascio di un'autorizzazione all'apertura di una farmacia egli potrà opporre all'amministrazione il fatto che, nonostante il rispetto della distanza minima prevista dalla norma pubblicistica, l'autorizzazione non dovrebbe essere rilasciata in quanto nel caso concreto il suo interesse sarebbe comunque leso, osservando ad esempio che quel Comune è poco densamente popolato e che le uniche due farmacie già esistenti coprono già l'intero bacino di utenza²¹⁰.

Fin qui abbiamo esaminato la tutela procedimentale dei terzi titolari di diritti.

Con riferimento, invece, alla seconda categoria di terzi sopra accennata (coloro, cioè, che risultano titolari di interessi di mero fatto), si è finora chiarito come la loro partecipazione al procedimento sia certamente possibile alla luce delle norme sul procedimento amministrativo e, tuttavia, ci si deve chiedere se la partecipazione di tali soggetti possa essere utile a indirizzare l'azione amministrativa verso un risultato per loro il meno pregiudizievole possibile.

Tali terzi, infatti, anche se più intensamente toccati dall'azione amministrativa rispetto ad altri soggetti, restano pur sempre titolari di

²⁰⁹ L. De Lucia, op. cit., 130.

²¹⁰ De Lucia da pag. 131 ss. Altro esempio potrebbe rinvenirsi nel caso di autorizzazione alla gestione di un impianto di smaltimento rifiuti: in caso di mancata partecipazione del terzo l'amministrazione, limitandosi a verificare che dal progetto allegato risulta che le soglie minime di emissione sono state rispettate, garantisce che la tutela del terzo; ma se il terzo partecipa assumendo che, non stante il rispetto di quei valori, egli subirebbe comunque una lesione, in quanto certe emissioni, pur al di sotto della soglia legale, non sarebbero comunque tollerabili nel caso concreto, l'amministrazione dovrà allora valutare l'interesse specifico del terzo ed eventualmente rigettare la domanda dell'istante (destinatario) o, eventualmente imponendo a quest'ultimo precise modalità esecutive nella gestione dell'impianto tali da non ledere l'interesse del terzo.

interessi di mero fatto e, pertanto, l'amministrazione non dovrebbe sentirsi obbligata a tener conto della loro posizione²¹¹.

Tuttavia, anche se l'ordinamento non ritiene meritevole di autonoma tutela un simile interesse, ciò non esclude che l'amministrazione possa comunque tenerlo in considerazione in sede di esercizio del potere. Si tratta però di una facoltà e non di un obbligo. Quando l'amministrazione rilascia un permesso a costruire in una zona di pregio artistico o paesaggistico, il "diritto alla bella vista" può assumere (e solitamente assume) un peso importante nella ponderazione: tra i valori che l'amministrazione sceglie di garantire può esservi anche quello di mantenere inalterati gli scorci panoramici. Al contrario, ove, per ipotesi, la costruzione da autorizzare sia sita in un quartiere periferico destinato a edilizia popolare, è presumibile che il "diritto alla bella vista" dei vicini non entri nella ponderazione o sia comunque recessivo rispetto ad altri interessi coinvolti. In ogni caso, la scelta pubblica di includere (o non includere) il "diritto alla bella vista" nel bilanciamento degli interessi sarà rilevante soltanto nei limiti della responsabilità politica; e, rispetto a questa, il giudice sarà tenuto a fare un passo indietro²¹².

Tali soggetti terzi (titolari di interessi non tutelati dall'ordinamento), pertanto, potrebbero certamente entrare nel procedimento (che abbiamo visto essere un procedimento aperto anche agli interessi di mero fatto, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 241/1990) e tuttavia costoro non potrebbero considerarsi destinatari della comunicazione di avvio²¹³. La loro posizione può, ma non deve rilevare ai fini della ponderazione, anche se l'amministrazione sarà tenuta a motivare le ragioni per le quali non intende accogliere le osservazioni presentate²¹⁴. Al contrario, le terze parti, titolari di interessi ritenuti meritevoli di tutela, dovrebbero rientrare tra coloro che hanno diritto alla comunicazione di avvio del procedimento; infatti, il

²¹¹ Quando il confinante è un soggetto la cui posizione non è qualificata da altre norme (ad es. quelle sulle distanze) il rapporto amministrativo che sorge in seguito al rilascio di un'autorizzazione ha natura bilaterale, coinvolgendo soltanto il dichiarante e l'amministrazione e non anche il vicino che si ritenga leso. Cfr. sul punto G. Mannucci, op. cit., 300.

²¹² G. Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo, op. cit., 302 ss.

²¹³ *Ex aliis*, cfr. Tar Molise Campobasso, sez. I, sent. 8 marzo 2018, n. 124.

²¹⁴ G. Mannucci, op. cit., 359.

criterio della facile individuabilità, previsto dall'art. 7 sopra richiamato²¹⁵ dovrebbe proprio essere inteso con riferimento ai criteri previsti dal legislatore per individuare quegli interessi meritevoli di tutela, al fine di assicurare che questi ultimi, essendo giuridicamente tutelati, rilevino sempre ai fini della ponderazione²¹⁶.

Il diverso rilievo degli interessi coinvolti determinerebbe, cioè, una diversa misura di tutela: mentre ai titolari di interessi direttamente tutelati da precise disposizioni di legge è garantita la tutela al bene della vita (per es., nel caso di partecipazione al procedimento che autorizza l'apertura di un impianto pericoloso, il diritto alla salute), ai titolari di interessi di mero fatto spetterebbe, invece, la tutela dell'interesse meramente procedimentale (nell'esempio fatto, quello alla presa in considerazione delle osservazioni presentate)²¹⁷.

Nella realtà, si assiste spesso al fatto che le osservazioni dei terzi vengano portate direttamente all'attenzione del giudice amministrativo, anziché della stessa amministrazione nel corso del procedimento amministrativo. Ad esempio, in materia di salute e di ambiente, i giudici riconoscono la legittimazione dei terzi ad impugnare le autorizzazioni all'esercizio di attività dannose alla salute dell'uomo e all'ambiente alla luce del criterio della *vicinitas*. *"I ricorrenti, in quanto proprietari o residenti in fabbricati posti in prossimità dell'impianto inquinante hanno interesse, in ragione dello stabile collegamento con l'area di localizzazione, alla salvaguardia dell'ambiente e alla tutela della propria salute nonché al rispetto delle norme poste a tutela del paesaggio e, pertanto, sono titolari di un interesse qualificato e differenziato a ricorrere per denunciare l'illegittimità delle scelte effettuate dall'amministrazione"*²¹⁸.

Quanto alla mancata comunicazione di avvio del procedimento, la giurisprudenza, anche recente, ha ribadito che *"i vicini controinteressati*

²¹⁵ L'art. 7 l. proc. amm., come si è visto, fa riferimento ai "soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai [...] diretti destinatari".

²¹⁶ Per es., nel procedimento volto all'adozione di un provvedimento di espulsione, l'amministrazione dovrà inviare la comunicazione di avvio non soltanto allo straniero (destinatario diretto), ma anche alla sua *"core family"*, ossia ai familiari il cui interesse (al rispetto della vita familiare) potrebbe essere pregiudicato dal provvedimento.

²¹⁷ G. Mannucci, op. cit., 360.

²¹⁸ *Ex aliis*, cfr. Tar Molise Campobasso, sez. I, sent. 8 marzo 2018, n. 124.

*rispetto al rilascio di un certo provvedimento non sono annoverabili tra i soggetti destinatari, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, della comunicazione di avvio del procedimento, poiché l'invocata estensione ad essi della predetta comunicazione comporterebbe un aggravio procedimentale in contrasto con i principi di economicità e di efficienza dell'attività amministrativa"*²¹⁹. Di analogo tenore è l'insegnamento di recente ribadito da Tar Lecce, sez. I, 13 settembre 2017, n. 1446 secondo cui *"non sussiste, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241, un obbligo di avviso del procedimento ai soggetti vicini dell'istante che, pur essendo legittimati in quanto tali all'impugnazione, oltretutto nemmeno rivestono la qualifica di controinteressati in senso tecnico"*. Il Consiglio di Stato ha precisato che il vicino del richiedente può intervenire nel procedimento e impugnare il provvedimento che accoglie l'istanza, ma non ha titolo a ricevere l'avviso di avvio del procedimento²²⁰.

Dagli orientamenti giurisprudenziali sopra esposti emerge il problema che spesso i terzi si trovano dinnanzi ad un procedimento che si è già concluso con un provvedimento pregiudizievole e contro il quale altro non possono fare che tentare l'incerta e costosa via processuale.

Non mancano, peraltro, ipotesi in cui i terzi prendano parte al procedimento amministrativo, ma di solito si tratta di enti pubblici che, nel caso concreto assumono la qualità di terzi rispetto all'amministrazione procedente²²¹.

Altre volte accade che lo stesso legislatore regionale incentivi la partecipazione procedimentale dei terzi, obbligando l'amministrazione procedente a pubblicare sul proprio sito internet o su quotidiani locali l'avvio di procedimenti che potrebbero impattare sulla salute pubblica o sull'ambiente²²². Specie in materia di salute pubblica, infatti, secondo il

²¹⁹ Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4847; cfr. Anche Tar Parma, sez. I, 4 aprile 2017, n. 127.

²²⁰ Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3573; Cons. st., sez. VI, 10 aprile 2014, n. 1718.

²²¹ Cfr. Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250; nel caso di specie, il Comune di Gallipoli prendeva parte ad un procedimento amministrativo, presso la regione Puglia, di autorizzazione a realizzare condotte sottomarine volte ad impedire lo scarico a mare di prodotti inquinanti.

²²² Cfr. Tar Emilia Romagna Bologna, sez. II, sent. 19 aprile 2018, n. 335. Nel caso di specie si contestava la legittimità del provvedimento di accoglimento dell'istanza autorizzatoria poiché sarebbe stata impedita ogni forma di partecipazione alla decisione finale e in

Consiglio di Stato sembrerebbe legittimo sacrificare il principio di celerità dell'azione amministrativa e privilegiare, invece, quello di precauzione, in forza del quale, come si vedrà meglio nel prosieguo, per ogni attività che comporti pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. E l'individuazione dei tratti fondamentali del principio di precauzione deve avvenire *“lungo un percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi e carattere necessario delle misure adottate [...]”*. E, nel ribadire il rifiuto *“di un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente”*, il Consiglio di Stato precisa che *“la giuridicizzazione e la conseguente giustiziabilità del principio di precauzione passano attraverso la necessità di riconoscere canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini, delle loro formazioni sociali e delle loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale”*²²³.

Il procedimento viene così a svolgere un ruolo centrale, giacché in esso deve essere assicurato un adeguato coinvolgimento dei cittadini, nonché l'assegnazione all'autorità competente di un ampio margine di discrezionalità nella decisione finale.

Va sottolineato che l'ordinamento europeo, con riferimento all'esercizio della funzione della c.d. *“amministrazione del rischio”* richiede nella fase preventiva e precauzionale il coinvolgimento della collettività chiamata a svolgere un ruolo strategico, grazie alla previsione di una partecipazione del pubblico ai processi decisionali²²⁴. È evidente che, per consentire una

violazione della legge regionale n. 30 del 2000, il cui art. 8 dispone che: *“Il Comune, con le modalità previste dal proprio ordinamento e comunque attraverso la pubblicazione su un quotidiano ad ampia diffusione locale, dà notizia alla cittadinanza dell'avvenuta presentazione del Programma di localizzazione di impianti potenzialmente pericolosi, fissando un termine per la presentazione delle osservazioni da parte dei titolari di interessi pubblici o privati nonché dei portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare un pregiudizio dall'installazione dell'impianto”*.

²²³ Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250

²²⁴ Sul ruolo delle organizzazioni non governative cfr. Corte di giustizia, 12 maggio 2011, C-115/09.

partecipazione consapevole, deve essere previsto l'accesso alle informazioni in materia di ambiente²²⁵.

L'Unione Europea riconosce la centralità della partecipazione del pubblico in materia ambientale²²⁶ e, in particolare, la centralità del ruolo della collettività nella lotta all'inquinamento è oggi ancora più evidente con l'introduzione dello strumento dell'iniziativa dei cittadini europei (art. 11, par. 4 TUE²²⁷) che ha trovato una prima attuazione proprio con riguardo alle richieste connesse all'ambiente²²⁸.

5. La tutela dei terzi nell'ordinamento interno alla luce dei principi generali dell'Unione Europea.

Quanto finora esposto, con riferimento all'esercizio del potere amministrativo e alle esigenze di tutelare i terzi che ne siano eventualmente pregiudicati, va considerato non solo con riferimento alla disciplina nazionale, ma anche alla luce dei principi generali dell'Unione Europea. Infatti, la stessa legge n. 241/1990, all'art. 1, rinvia ai principi dell'ordinamento europeo e, pertanto, l'amministrazione deve, nell'esercizio del potere, osservare, tra l'altro, anche i principi europei inerenti lo stesso

²²⁵ In tale contesto l'Unione ha adottato la direttiva 2003/4/CE del 28 gennaio 2003 sull'accesso al pubblico dell'informazione ambientale.

²²⁶ Convenzione di Aarhus, adottata il 25 giugno 1998 nell'ambito della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite.

²²⁷ Articolo 11 TUE: 1. Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. 4. Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati.

²²⁸ È stato il caso dell'iniziativa sul diritto dell'acqua registrata il 10 maggio 2012, che ha condotto la Commissione a impegnarsi per un rafforzamento della legislazione in materia di qualità delle acque in linea con il Settimo Programma di azione (v. anche l'iniziativa "Stop plastic in the sea").

procedimento amministrativo. In particolare, con il rinvio generale operato dall'art. 1 non solo si è esplicitata quella diretta soggezione di tutta l'attività amministrativa ai principi cardine del sistema sovranazionale, ma anche le successive elaborazioni di tali principi da parte della giurisprudenza europea vengono recepiti automaticamente nel nostro ordinamento²²⁹.

Per individuare tali principi europei dobbiamo far riferimento non solo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che li ha elaborati sulla base delle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri, ma anche all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza 2001)²³⁰. Quest'ultima norma, in particolare, stabilisce che ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole; sancisce, inoltre, il principio di partecipazione e del contraddittorio, il diritto di accesso e l'obbligo di motivare le proprie decisioni.

A questi principi si aggiungono poi quelli elaborati dalla Corte di Giustizia, in specie il principio di proporzionalità, del legittimo affidamento e quelli di precauzione, non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza²³¹.

In particolare, nel prosieguo verranno analizzati i principi europei che maggiormente vengono in rilievo nei procedimenti in cui sono coinvolti anche i terzi²³².

²²⁹ V. Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990, in *Giustamm.it.*, 2005, 2; A. Police, Principi e azione amministrativa, in F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 192; M.A. Sandulli, Riforma della legge n. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema, in *Foro amm. Tar.*, Suppl. al n. 6/05,2005,1.

²³⁰ La Carta di Nizza ha oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati per effetto del novellato art. 6 del trattato Ue. Cfr. sul punto M.P. Chiti, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2002; N. Parisi, *Funzione e ruolo della carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. Eur.*, n. 3/2009.

²³¹ F. De Leonardis, *L'azione amministrativa* (a cura di Alberto Romano), op. cit., 78 ss.

²³² D'ora in avanti con la generica espressione di terzi si intende fa riferimento specificamente alla nozione di terzo in senso tecnico, intendendo come tale, cioè, colui che si pone al di fuori del rapporto bilaterale tra amministrazione e destinatari diretti.

5.1. Principio del contraddittorio

Tale principio prevede il diritto per le parti di un procedimento di potere prendere posizione sui fatti e sui documenti su cui si baserà un certo provvedimento amministrativo nonché di discutere le osservazioni sulle quali l'amministrazione intende basare la propria decisione²³³.

Si tratta di un principio di diritto amministrativo riconosciuto in tutti gli Stati membri della Comunità e che risponde alle esigenze di una sana amministrazione²³⁴.

L'affermazione del principio è risalente nel nostro ordinamento nazionale, anche se con esclusivo riferimento al processo. In particolare, il contraddittorio, pur delineato nell'art. 3, comma 1, legge 20 marzo 1865 n. 2248 e riconosciuto nella legge sull'espropriazione 26 giugno 1864 n. 2359 e nella legge urbanistica n. 1150/1942, ha trovato pieno riconoscimento solo con la legge n. 241/1990²³⁵.

Secondo l'accezione ristretta, il principio in questione attiene esclusivamente al diritto di difesa²³⁶: si tratta dell'accezione propria della giurisprudenza comunitaria, che impone che la comunicazione degli addebiti contestati deve contenere una chiara descrizione degli stessi "[...] tale da consentire agli interessati di prendere effettivamente atto dei comportamenti di cui la Commissione fa loro carico²³⁷". In questo senso, il principio del contraddittorio diviene uno dei punti di forza della giurisprudenza comunitaria in materia di procedimento amministrativo, al punto da trovare un riferimento costituzionale nell'art. 220 del Trattato CE,

²³³ Corte Giust. CE, 17 dicembre 2009 n. 197, C. 197/09, RX-II. In dottrina, cfr. F. Satta, Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo, in *Dir. amm.*, 2010, 299; M. Clarich, Garanzia del contraddittorio nel procedimento, in *Dir. amm.*, 2004, 59; S. Cognetti, *Qualità e quantità della partecipazione*, Milano 2000; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, op. cit., 222 ss.

²³⁴ Cfr. *ex multis* Corte Giust. CE, C-32/1962.

²³⁵ F. De Leonardis, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in *L'azione amministrativa* (a cura di Alberto Romano), op. cit., 79.

²³⁶ Il diritto ad essere ascoltati (*audi alteram partem*, secondo quanto recita il noto brocardo), affermato da Corte di giustizia CE sin dal 1963 con la fondamentale sentenza *Alvis* (del 4 luglio 1963, in causa n. 32/62). Cfr. sul punto R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in *Riv. Trim. dir. proc. amm.*, 1/2003, 1037 ss.

²³⁷ Trib. I grado, V, 14 aprile 2011, T-461/07, *Visa Europe Ltd e a.c.* Commissione Europea.

allorché con la celebre sentenza *Transocean Marine Point Association* gli fa assumere il ruolo di principio fondamentale di diritto comunitario²³⁸.

L'accezione ampia, invece, fa riferimento alla nozione di giusto procedimento²³⁹ e prevede che il contraddittorio venga garantito nel procedimento amministrativo non solo a scopo difensivo, ma anche ai fini della formazione di una più completa e razionale volontà dell'amministrazione²⁴⁰.

Spesso tale principio è applicato dalla giurisprudenza nazionale nell'ambito di procedimenti amministrativi in cui sono coinvolti anche soggetti terzi. In particolare, tale principio viene spesso in rilievo in materia di accesso. In materia, infatti, la figura del terzo controinteressato non si riferisce a qualsivoglia soggetto menzionato negli atti oggetto di richiesta ostensiva, ma solo a coloro che dall'ostensione vedrebbero pregiudicato il loro diritto alla riservatezza. Ciò è confermato dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990 come modificato dalla legge n. 15 del 2005 che, nell'introdurre la nozione di "controinteressati" li ha identificati in quei "*soggetti individuati o facilmente individuabili che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*"²⁴¹.

²³⁸ Corte Giustizia CEE, 23 ottobre 1974, in causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione delle Comunità europee*, in Raccolta della giurisprudenza della Corte, 1974, parte seconda, 1063 ss. Ulteriori riferimenti e commenti in M.P. Chiti, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna 2003, 65 ss.

²³⁹ V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130 ss.

²⁴⁰ La giurisprudenza ha evidenziato che numerosi istituti disciplinati dalla legge n. 241/1990 sono ispirati proprio al principio del contraddittorio: in particolare la comunicazione di avvio e il preavviso di rigetto. Cfr. sul punto Corte Giust. CE, Grande sezione, 9 marzo 2010, C-379/08, *Soc. Erg c. Ministero dello sviluppo economico*; Cons. St. Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14.

²⁴¹ Quindi, sono controinteressati non tutti i soggetti contemplati o riguardati dall'atto, ma solo quelli che, dall'esercizio dell'accesso, vedrebbero in concreto compromesso il loro diritto alla riservatezza. Sul punto, la giurisprudenza è stata attenta nel perimetrare la figura del controinteressato nell'accesso quale portatore di un interesse antagonista rispetto a quello motivato dall'esigenza di trasparenza, ponendo in luce che, "*in materia di accesso agli atti della P.A., ai fini della qualifica di un soggetto come controinteressato non basta che taluno venga chiamato in qualche modo in causa dal documento richiesto, ma occorre in capo a tale soggetto un quid pluris, vale a dire la titolarità di un diritto alla riservatezza su dati racchiusi nello stesso documento, atteso che in materia di accesso la veste di controinteressato è una proiezione del valore della riservatezza, e non già della mera oggettiva riferibilità di un dato alla sfera di un certo soggetto*" (*ex aliis*, si veda Tar Sardegna Cagliari Sez. I, 27/02/2013, n. 162).

Al riguardo, è altresì noto che la partecipazione del controinteressato al procedimento attivato con l'istanza di accesso deve essere in ogni caso assicurata dall'amministrazione dal momento che, per il principio generale del contraddittorio, le domande d'accesso suscettibili di incidere su situazioni giuridicamente rilevanti di terzi controinteressati devono essere preventivamente portate a conoscenza di questi ultimi²⁴². Ciò avviene, di regola, mediante apposita "comunicazione" da parte dell'amministrazione ai sensi della art. 3 del d.P.R. n. 184 del 2006²⁴³.

Peraltro, costituisce acquisizione ormai pacifica in giurisprudenza che, in materia di pubblici concorsi, le domande, i documenti prodotti dai candidati, i verbali e gli stessi elaborati di un concorso pubblico costituiscono documenti rispetto ai quali deve essere esclusa in radice l'esigenza di riservatezza a tutela dei terzi, posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno evidentemente acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza della valutazione²⁴⁴.

Nell'ambito di procedimenti in cui sono coinvolti soggetti terzi, il principio del contraddittorio è spesso richiamato anche in materia di Scia. Più specificamente, si tratta di casi in cui il vicino si oppone davanti alla

²⁴² Cfr., *ex multis*, Tar Campania Napoli Sez. VI, sent. n. 3614 del 5 luglio 2017.

²⁴³ Art. 3 del D.P.R. n. 184/2006 : "la pubblica amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, di cui all'art. 22, comma 1, lettera c), della legge n. 241 del 1990, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione. Entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 1, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione di cui al comma 1".

²⁴⁴ Cfr. Tar Campania Napoli Sez. VI, sent. n. 3614 del 5 luglio 2017 e Tar Lazio Roma Sez. I bis, Sent., 08/09/2016, n. 9597. In tali sentenze si afferma, infatti, che tali atti, una volta alla procedura concorsuale, escono dalla sfera personale dei partecipanti. A sua volta, in sede di parere, la Commissione per l'accesso ha puntualizzato che, in materia di pubblici concorsi, l'amministrazione non può oscurare i dati personali delle domande di partecipazione degli altri concorrenti utilmente graduati, non sussistendo alcuna esigenza di tutela della riservatezza, dal momento che i concorrenti, prendendo parte alla selezione pubblica, hanno implicitamente accettato che i loro dati personali, esposti nei documenti della procedura stessa, potessero essere resi conoscibili da tutti gli altri concorrenti a ciò interessati (quali sono senza dubbio i concorrenti non utilmente graduati) (parere espresso dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi nella seduta del 20 luglio 2011).

stessa amministrazione all'avvio di una certa attività che il proprietario dell'area finitima abbia intrapreso sulla base di una semplice segnalazione all'amministrazione. Di fronte a siffatte fattispecie è pacifico l'orientamento secondo cui il terzo vicino non sia tra i soggetti che devono essere avvisati circa l'attività che dovrà essere intrapresa²⁴⁵. E tuttavia, nei casi in cui il successivo iter procedimentale, volto a sollecitare le verifiche spettanti all'amministrazione, abbia avuto avvio proprio su segnalazione dello stesso vicino, la giurisprudenza tende a considerarlo come parte procedimentale, cui andrebbe comunicato l'avvio del procedimento, con conseguente violazione del principio del contraddittorio in tutti quei casi in cui, nonostante il vicino abbia presentato istanza volta a sollecitare gli accertamenti dell'amministrazione nonché l'adozione di tutte le misure necessarie all'immediata cessazione dell'attività illegalmente svolta, la P.A. non lo abbia poi coinvolto nel corso del procedimento amministrativo²⁴⁶.

²⁴⁵ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, n. 916 del 5 febbraio 2013. Dalla lettura della sentenza risulta chiaramente che non vi è identità tra le posizioni di coloro che siano legittimati a impugnare il provvedimento finale e coloro che possono intervenire o hanno titolo di ricevere l'avviso di avvio del procedimento. Infatti, ove sia stata proposta una domanda per ottenere un titolo edilizio, che tra l'altro viene rilasciato con espressa salvezza dei diritti dei terzi, il vicino del richiedente può intervenire nel procedimento e impugnare il provvedimento che accoglie l'istanza, ma non ha titolo a ricevere l'avviso di avvio del procedimento.

²⁴⁶ Cfr., *ex multis*, Tar Campania Salerno sez. II, sent. N. 1480 del 13/10/2017; Cons. Stato sez. IV, sent. 4038 del 10/08/2017; Cons. Stato sez. IV, sent. 4480 del 03/09/2014; Tar Lombardia Brescia Sez. II n. 501 del 21/05/2018. In particolare, in quest'ultimo caso in esame il terzo si duole del fatto che nelle vicinanze (a circa 3.5 km) esistono due distinte strutture di vendita, le quali in realtà costituirebbero un'unica grande struttura di vendita e cioè una sorta di centro commerciale o parco commerciale. Per tale ragione, il terzo ha chiesto al Comune di adottare le opportune verifiche, a seguito delle quali è emerso che tra le due strutture di vendita vi è contiguità, tramite due porte di alluminio, indicate come uscite di sicurezza, tale da poter considerare tale struttura come una grande struttura di vendita, priva, di conseguenza, dei necessari atti di consenso richiesti dalla legge [...]. A seguito di tali verifiche il Comune ha contestato alla contro interessata tale situazione e precisato di rimanere in attesa della scia inoltrata al Comando provinciale dei vigili del fuoco al fine di valutare se procedere o meno alla chiusura di parte degli impianti. Il terzo reputa tale provvedimento illegittimo, per violazione degli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990, con conseguente violazione del principio del contraddittorio, in quanto non gli sarebbe stata inviata la comunicazione di avvio del procedimento, dovuta in ragione del fatto che lo stesso ha avuto avvio su segnalazione del medesimo e il Tar si è pronunciato in tal senso accogliendo l'osservazione del terzo.

5.2. Principio di proporzionalità.

Il principio di proporzionalità esprime la necessità che l'azione amministrativa consegua gli scopi prefissati dalla legge con il minor sacrificio degli interessi coinvolti.

Si tratta di un principio derivato dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa tedesca²⁴⁷ che è stato, successivamente, fatto proprio dalla Corte di Giustizia UE²⁴⁸, soprattutto in materia di sanzioni, di aiuti di Stato, di deroghe alle regole in materia di concorrenza, assurgendo così a principio generale del diritto comunitario²⁴⁹.

In particolare, nell'ordinamento europeo il principio ha trovato da subito applicazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia come strumento del controllo di legittimità dell'azione e, successivamente, con il suo inserimento nell'art. 3B del trattato di Maastricht nel 1992 (oggi art. 5 TUE²⁵⁰) è divenuto uno dei fondamenti costituzionali del diritto europeo, che viene fatto rientrare nel "contenuto variabile" di quel "diritto ad una

²⁴⁷ Viene richiamato in proposito il caso Kreuzberg del 1882, nell'ambito del quale una Corte amministrativa prussiana aveva ritenuto invalida l'ordinanza di chiusura di un negozio alimentare, nel quale si vendeva alcool, privo di licenza, senza che l'autorità avesse valutato la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minore gravità.

²⁴⁸ In questi termini si veda D.U. Galetta, Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Milano, 1988, 11 ss.; M.A. Sandulli, Proporzionalità, in Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, Vol. V, p. 4643.

²⁴⁹ In particolare, vi ha fatto esplicito riferimento sin dagli esordi della sua giurisprudenza (v. ad es. C. giust. 16/07/1956, in C-8/55, Federation Charbonniere, in Racc., 1955-56, pp. 199 ss.; C. giust. 14/12/1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, Società acciaierie San Michele, in Racc., 1962, 917 ss.). Lo sviluppo tutto comunitario del principio di proporzionalità, oltre ad aver avuto importanti effetti di ritorno (cd. Feed back effect) sull'ordinamento tedesco di origine (del principio), ha comportato, infatti, un relevantissimo fenomeno di espansione progressiva del principio all'interno di altri ordinamenti nazionali dell'area comunitaria. In particolare, ordinamenti quale quello italiano, in cui il principio di proporzionalità era del tutto sconosciuto come tale alla tradizione giuridica nazionale, si sono ritrovati progressivamente ad applicare in modo estensivo detto principio anche per fattispecie senza alcuna diretta rilevanza per il diritto UE. Si tratta del ben noto effetto di "spill over", tipico dei principi generali del diritto UE. Effetto che nel nostro ordinamento è stato peraltro largamente amplificato grazie alla previsione di cui all'art. 1, co. 1 della legge n. 241/1990, come modificata nel 2005.

²⁵⁰ Ricordiamo che il Trattato ha codificato il principio in esame all'art. 5, comma 3, ove si stabilisce che *"l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato"*.

buona amministrazione” espresso dall’art. 41 della Carta fondamentale dei diritti dell’Unione Europea che, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, essendo equiparata ai Trattati istitutivi, è divenuta vincolante per gli Stati membri²⁵¹. Occorre comunque precisare che, mentre il principio di proporzionalità di cui all’art. 5 TUE attiene piuttosto a un riparto di competenze tra Unione Europea e Stati membri ed è un principio a garanzia di questi ultimi, il principio generale omonimo, invece, riguarda gli individui ed è garanzia di questi ultimi²⁵²: il primo potremmo considerarlo come una specifica applicazione del secondo²⁵³.

In sintesi, dunque, nel diritto dell’Unione Europea, il principio di proporzionalità, a seconda dei casi, può imporsi o come principio generale del diritto europeo, riconosciuto come tale dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; ovvero, con specifico riguardo all’azione posta in essere dalle istituzioni UE, in virtù della sua espressa menzione all’interno del Trattato²⁵⁴.

Nel nostro ordinamento, invece, la proporzionalità nasce come corollario del principio di ragionevolezza²⁵⁵.

²⁵¹ S. Cassese, Il diritto ad una buona amministrazione, in Irpa.eu, p. 7.

²⁵² In tale sede, il principio acquista una forte accentuazione di difesa delle libertà individuali e d’impresa dei privati nei confronti dell’intervento pubblico: “esso guarda più all’esigenza di non limitazione, se non nei casi di stretta necessità, della libertà dei privati, piuttosto che all’esigenza della migliore soddisfazione dell’interesse pubblico”. V. Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990, in Giustamm.it, 2005. Così, esigendo il principio di proporzionalità che gli atti delle istituzioni europee non vadano oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato, la giurisprudenza ha ritenuto che “la soppressione di un contributo del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia non è, in linea di principio, sproporzionata qualora sia dimostrato che il beneficio del detto contributo ha violato un obbligo fondamentale per il buon funzionamento del fondo comunitario”: Trib. CE, 6 marzo 2003, T-61/00.

²⁵³ L. Daniele, Diritto dell’Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze, Milano 2010, 378 ss.

²⁵⁴ D.U. Galetta, Il principio di proporzionalità, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, 395; S. Cognetti, Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica, Torino, 2011.

²⁵⁵ Il principio di proporzionalità ben può essere correlato al principio di buon andamento dell’amministrazione di cui all’art. 97 Cost. e, più in generale, al principio di ragionevolezza (cfr., *ex multis*, Tar Abruzzo, Pescara, 3 aprile 2007, n. 372; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922). Nello stesso senso, il principio generale di proporzionalità deve configurarsi come espressione sia del principio di ragionevolezza che del principio di buon andamento ed imparzialità della P.A., dato che il concetto stesso di proporzionalità costituisce una componente essenziale alla stessa nozione di imparzialità e di buon andamento.

Parte della dottrina considera la proporzionalità un principio distinto dalla ragionevolezza e dotato di propria autonomia rispetto a quest'ultimo²⁵⁶. In particolare, mentre la ragionevolezza avrebbe ad oggetto il procedimento, l'iter procedimentale e, soprattutto, l'istruttoria procedimentale²⁵⁷, la proporzionalità in senso stretto riguarderebbe il provvedimento, in quanto misura concreta e positiva della comparazione/ponderazione, nonché del bilanciamento degli interessi coinvolti nella vicenda concreta²⁵⁸.

La giurisprudenza amministrativa nazionale si caratterizza, al contrario, per diverse pronunce nelle quali i principi di ragionevolezza e proporzionalità sono utilizzati in modo indistinto²⁵⁹.

È comunque opinione unanime considerare il principio di proporzionalità tra i principi dell'ordinamento comunitario a cui, ai sensi dell'art. 1, comma 1, legge n. 241/1990, l'azione amministrativa deve conformarsi.

Esso serve a circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione e costituisce il fondamento della regola per cui le autorità non possono imporre, sia con atti normativi che con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alla libertà del cittadino in misura sproporzionata e, cioè, superiore a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo²⁶⁰.

²⁵⁶ In tal senso si veda C. Malinconico, Il principio di proporzionalità, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47esimo Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002, il quale rileva che la proporzionalità è la giusta misura del potere, mentre la ragionevolezza implica solo la plausibilità degli effetti ed esclude solo ciò che una persona sensata potrebbe condividere, escludendo così gli eccessi di arbitrio.

²⁵⁷ Cfr. sul punto De Benedetto M., *Istruttoria*, in *Treccani on line*, cit.

²⁵⁸ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 192. Cfr. anche V. Parisio, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove aut.*, 2006, pp. 725 ss. secondo cui il principio di ragionevolezza opera un bilanciamento degli interessi ispirato al criterio di logicità-congruità della scelta operata dall'amministrazione che è condotto su basi oggettive, mentre il principio di proporzionalità implica una valutazione più complessa, basata sullo schema tripartito in cui si snoda (idoneità, necessità e adeguatezza) che mette in relazione l'interesse del privato sacrificato con l'interesse pubblico perseguito.

²⁵⁹ Si veda, tra le tante, Cons. St., sez. IV, 27 luglio 2015, n. 3669; Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14.

²⁶⁰ Tar Campania, Napoli, sez. IV, 22 novembre 2010, n. 25589.

Il suo contenuto si articola in tre diversi aspetti: I) la necessarietà dell'azione²⁶¹; II) l'idoneità del mezzo allo scopo²⁶²; III) l'adeguatezza dell'atto, vale a dire la giusta misura del potere esercitato in modo da provocare il minor sacrificio possibile²⁶³.

Con riferimenti ai procedimenti in cui sono coinvolti i terzi, il principio di proporzionalità trova larga applicazione da parte della giurisprudenza amministrativa nazionale, soprattutto come esplicazione del dovere, da parte dell'amministrazione, di predisporre un'adeguata istruttoria che verifichi l'esistenza delle condizioni richieste ai fini del rilascio dell'autorizzazione, la sussistenza di un interesse meritevole di tutela in capo al terzo e un'adeguata comparazione tra gli interessi contrapposti²⁶⁴.

Si consideri il caso in cui il Consiglio Comunale autorizzava l'apertura, su giardini pubblici di proprietà comunale, di un esercizio commerciale per la somministrazione di alimenti e bevande; i terzi, proprietari di immobili adiacenti all'area interessata dalla gestione dell'attività commerciale, lamentavano la lesione del diritto di "aria, veduta, di panorama, di uso, abitabilità e vivibilità" e impugnavano il permesso di costruire, in quanto rilasciato senza tener conto della loro posizione. Il giudice amministrativo accoglieva il loro ricorso sostenendo che *"l'autorizzazione all'occupazione di un suolo pubblico è espressione di un potere pubblicistico di natura discrezionale; tuttavia l'amministrazione, nell'esercizio del suo potere, deve comunque rispettare i principi cardine del nostro ordinamento, tra cui il principio di proporzionalità, in forza del quale il mezzo utilizzato dall'amministrazione deve al contempo essere*

²⁶¹ La necessarietà implica l'obbligo per l'amministrazione di mettere a confronto le misure ritenute idonee a orientare la scelta sulla soluzione comportante il raggiungimento dell'obiettivo attraverso il minimo sacrificio degli interessi incisi dal provvedimento.

²⁶² Il giudizio sull'idoneità del provvedimento è di tipo prognostico, da effettuarsi ex ante, e va riferito alla potenziale efficacia del provvedimento adottato o da attuarsi, sì da risultare spesso di difficile applicazione da parte del giudice.

²⁶³ A. Sandulli, La proporzionalità nell'azione amministrativa, Padova, 1998, 364; F. Nicotra, I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa, in *Federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europea, 14 giugno 2017. Anche in giurisprudenza si afferma che il principio di proporzionalità implica un'indagine trifasica che passa attraverso l'accertamento della necessità della misura, della sua idoneità rispetto allo scopo da raggiungere e l'adeguatezza della misura applicata allo scopo da raggiungere: Tar Lombardia Brescia, sez. II, sent., 08/03/2017, n. 342; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 31 luglio 2008, n. 1032; Tar Lazio, Roma, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563.

²⁶⁴ Cfr., *ex multis*, Tar Campania Napoli, sez. V, 13/02/2018, n. 3088; Tar Piemonte Torino, sez. II, 14/03/2018, n. 351.

*idoneo ed efficace allo scopo perseguito; tale principio è già presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del principio di ragionevolezza, nel quale confluiscono i principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento. In tale prospettiva, il principio di proporzionalità, richiamando una valutazione che incide sulla misura dell'esercizio del potere, impone alla p.a. di valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolari di interessi coinvolti nell'azione amministrativa, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio per gli interessi stessi (Tar Catanzaro, sez. II, 13/04/2012, n. 431). Principio poi che si esplica attraverso la predisposizione di un'adeguata istruttoria che tenga conto delle osservazioni avanzate dalle parti ai fini di un'adeguata comparazione tra gli interessi coinvolti"*²⁶⁵. Nel caso di specie, osserva il giudice amministrativo, il principio di proporzionalità non era stato rispettato, in quanto, considerato anche il bacino di utenza, l'area interessata dall'autorizzazione poteva certamente essere ridotta in modo tale da non ledere gli interessi dei terzi o in modo tale da arrecare gli stessi un minor sacrificio. L'amministrazione, invece, aveva ommesso di valutare se la suddetta autorizzazione potesse compromettere l'uso del verde pubblico comune e l'uso, l'abitabilità e la vivibilità dell'unità immobiliare privata adiacente all'area oggetto di autorizzazione. Nel caso di specie, il giudice amministrativo disponeva, pertanto, l'annullamento del provvedimento amministrativo, per violazione del principio di proporzionalità, in quanto quel provvedimento arrecava un sacrificio eccessivo nei confronti dei terzi coinvolti, sacrificio che si sarebbe potuto evitare se l'amministrazione avesse svolto un'adeguata istruttoria e comparato adeguatamente i vari interessi coinvolti.

Non sempre, tuttavia, l'applicazione del principio proporzionalità in procedimenti in cui sono coinvolti anche interessi di soggetti terzi comporta la misura drastica dell'annullamento del provvedimento amministrativo lesivo dei loro diritti; al contrario, a volte, proprio l'applicazione del principio in esame fa apparire l'annullamento come una misura eccessiva e sproporzionata rispetto agli interessi coinvolti laddove sia possibile ricondurre l'attività autorizzata entro i limiti di legge²⁶⁶.

²⁶⁵ Tar Puglia Lecce, sez. I, 21/11/2012, n. 1920.

²⁶⁶ Cfr. Tar Marche, sez. I, 2/01/2018, n. 3. Nel caso in esame alcuni cittadini residenti in una località agricola si lamentavano del fatto che la Società Y fosse stata autorizzata a costruire

5.3. Principio del legittimo affidamento.

La tutela dell'affidamento legittimo è l'incarnazione di un principio non scritto²⁶⁷.

Se si eccettua, infatti, l'ordinamento tedesco, che si occupa *ex professo* (agli articoli 20 e 29 del *Grundgesetz*) di tale principio, le fonti comunitarie e i sistemi europei coniano il legittimo affidamento alla stregua del diritto naturale non scritto.

Nonostante il silenzio del legislatore, la Corte di Giustizia non dubita né dell'esistenza né della centralità del principio di tutela del legittimo affidamento tanto da non avere remore nell'affermare che tale principio fa parte del diritto dell'Unione Europea²⁶⁸.

Il legittimo affidamento è il principio generale per il quale deve essere tutelato quell'affidamento che il privato fa rispetto ad atti, operazioni e comportamenti dell'amministrazione che ingenerano legittime aspettative di stabilità dei medesimi²⁶⁹. Ciò che tale principio mira a tutelare, infatti, non riguarda solo i diritti in senso stretto dei privati, ma anche le aspettative legittimamente fondate (addirittura anche rispetto ad atti illegittimi²⁷⁰).

In particolare, tale principio impone al soggetto pubblico che voglia esercitare i suoi poteri nei confronti del soggetto privato, di tener conto dell'interesse di quest'ultimo alla conservazione di un vantaggio conseguito

un impianto sportivo a cielo aperto destinato ad attività motoristiche su un'area limitrofa a quella in cui gli stessi risiedevano. In particolare, costoro sostenevano che tale impianto fosse potenzialmente nocivo per l'ambiente e la salute pubblica, anche a causa delle emissioni acustiche prodotte dallo stesso, ma secondo il G.A. le caratteristiche costruttive di quell'impianto sportivo a cielo aperto erano perfettamente compatibili con l'ambiente circostante e rispettavano anche i limiti di emissioni acustiche, secondo quanto certificato dall'Arpam, sottolineando che qualunque soggetto terzo, ritenendo violate le disposizioni in materia di emissioni acustiche, avrebbe potuto sollecitare l'Agenzia o altri enti competenti ad effettuare verifiche e monitoraggi periodici, concludendo pertanto che l'annullamento appariva una misura sproporzionata laddove fosse possibile ricondurre quell'attività autorizzata entro i limiti di legge.

²⁶⁷ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo. Il procedimento amministrativo*, Dike Editore, 2001, 30 ss.

²⁶⁸ Cfr. *ex multis* Corte Giust. CE, 15 dicembre 2005, C-148/04

²⁶⁹ A. Romano, *L'azione amministrativa* (a cura di), F. Leonadis, op. cit., 86 ss.

²⁷⁰ V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990*, Giustamm.it, 2005, 2.

in buona fede grazie a un precedente e puntuale atto della pubblica amministrazione, al quale sia seguito il decorso di un ragionevole lasso di tempo²⁷¹.

Il legittimo affidamento costituisce un principio fondamentale dell'azione amministrativa, da cui la funzione pubblica non può prescindere. Recepito dal legislatore nella redazione dello Statuto dei diritti del contribuente (art. 10 della legge n. 212/2000), figurava nel progetto di riforma alla legge n. 241/1990 tra i canoni fondamentali dell'azione amministrativa²⁷². L'assenza di un esplicito riferimento allo stesso nella versione approvata dalle Camere non vale ad escluderne la rilevanza, anche alla luce del richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario a cui è assoggettata l'azione amministrativa²⁷³.

La letteratura giuridica italiana e spagnola, a differenza di quella tedesca, riconduce le origini della tutela dell'affidamento al principio di buona fede oggettiva e ne sostiene la vigenza anche nel diritto pubblico²⁷⁴.

La tutela dell'affidamento, secondo l'orientamento tedesco, ha invece la sua origine nello Stato di diritto e sarebbe imposta, alla luce di un'esigenza di certezza nei rapporti giuridici, dalla logica delle aspettative generate da un comportamento tenuto dalla P.A. o dal legislatore. In altri termini, la certezza del diritto desunta dallo Stato di diritto è la fonte che impone di tutelare le aspettative generate dal comportamento della Pubblica amministrazione. La tutela del legittimo affidamento è perciò un principio riconducibile solo al diritto positivo degli Stati moderni, in quanto Stati disciplinati dal diritto positivo che si esprime anche in principi generali che ne esplicitano la logica di fondo²⁷⁵.

²⁷¹ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo. Il procedimento amministrativo*, op. cit., 31 ss.

²⁷² G. Grasso, *Sul rilievo del principio di legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica amministrazione*, 78 ss.; E. Della Valle, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001, 23 ss.; cfr. anche Trib. CE, sez. III, 30 novembre 2009, n. 427, in materia di aiuti di Stato alle imprese.

²⁷³ S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 33 ss.;

²⁷⁴ F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, op. cit., 11 ss.

²⁷⁵ S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 42 ss.

Con riferimento particolare all'ordinamento italiano, si segnala che accanto alla buona fede, come regola generale presente in ogni ambito del sistema giuridico e al principio di certezza del diritto, si affiancano quelle costruzioni che hanno cercato di ricondurre il legittimo affidamento alle previsioni della Carta Costituzionale²⁷⁶. In primo luogo, la giurisprudenza costituzionale ha fatto riferimento all'articolo 3 della Costituzione, riconducendo il legittimo affidamento al principio di uguaglianza davanti alla legge, richiamando il canone di ragionevolezza, immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico²⁷⁷. Altre opinioni dottrinarie hanno ancorato il principio *de quo* all'articolo 97 della Costituzione, *sub specie* ora di imparzialità, ovvero all'articolo 2 della Costituzione e al principio di solidarietà, che esprimerebbe il dovere di esercitare i diritti con modalità tali da non comportare un sacrificio eccessivo dell'altrui sfera giuridica²⁷⁸.

A fronte delle varie impostazioni, pare che attualmente nel nostro ordinamento venga data preferenza a quell'orientamento che riconosce nella buona fede il fondamento primo e ultimo del legittimo affidamento²⁷⁹. Infatti, la chiave di lettura della buona fede, come principio immanente in ogni sistema giuridico ovvero di regola pregiuridica comune a tutti i rapporti sociali, appare maggiormente idonea a fondare l'istituto dell'affidamento²⁸⁰. La buona fede disciplinata dai moderni codici è anch'essa frutto di una lunga elaborazione che trae origine dalle fonti romane²⁸¹ e dalla pratica che della *bona fides* fecero gli operatori del diritto comune grazie agli influssi del diritto canonico e della morale cattolica²⁸².

²⁷⁶ G. Grasso, Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica amministrazione, in www.sspa.it;

²⁷⁷ Corte. Cost., 4 Novembre 1999, n. 416; Corte di Cass., Cass. civ., sez. trib., 10 dicembre 2002, n.17576.

²⁷⁸ U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, 274 ss.

²⁷⁹ M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

²⁸⁰ S. Romano, Buona fede, voce dell'Enc. Dir., III, cit., 689 ss.; Merusi, Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza", 41 ss., Milano, 2001.

²⁸¹ Bigliazzi Geri, Buona fede nel diritto civile, voce del Dig. Disc. Priv. (sez. civ., 156).

²⁸² G.P. Massetto, Buona fede nel diritto medioevale e moderno, voce del Dig. Disc. Priv., II, Torino 1993, 193 ss. Secondo l'A. "[...] la tutela dell'affidamento preesiste alla nascita dello Stato e la lettura del principio *de quo* nell'ottica della certezza del diritto appare riduttiva, in quanto la dimensione giuridica non si esaurisce nello Stato ed è allo stesso preesistente. La stessa Corte di Cassazione, pur richiamando il dettato dell'articolo 3 della Costituzione,

Più precisamente, sul piano strutturale, l'affidamento rappresenta una fattispecie complessa, alla cui emersione concorrono diversi elementi, che attengono sia a profili oggettivi del canone della buona fede, relativi a regole di correttezza, che a quelli soggettivi, che impongono di tener conto dell'aspettativa altrui generata dal proprio comportamento (buona fede soggettiva). L'affidamento deve essere generato da un comportamento altrui e presuppone la buona fede di chi lo invoca (per essere legittimo deve cioè essere meritevole di tutela). In presenza dei summenzionati presupposti, la controparte è tenuta a rispettare la situazione di apparenza cui ha dato corso.

Il legittimo affidamento trova riconoscimento nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo, in forza del richiamo che la stessa legge fa ai principi del diritto europeo. Come si è detto, il principio del legittimo affidamento incontra nel diritto europeo particolare attenzione e, dunque, attraverso tale ordinamento e la sua capacità di penetrazione in quello domestico, esso è divenuto parte del procedimento amministrativo²⁸³.

Il principio trova poi peculiare affermazione nelle norme della legge n. 241/1990 che disciplinano l'autotutela decisoria²⁸⁴. Come noto, l'autotutela è espressione del potere di revisione del proprio operato che l'ordinamento riconosce alla pubblica amministrazione, la quale può operare *ex officio* ovvero su stimolo del destinatario dell'atto che la invoca o che ha agito in via giurisdizionale per la rimozione dell'atto asseritamente lesivo²⁸⁵.

afferma che il principio *de quo* risulta mutuato da quello civilistico della buona fede e dell'affidamento incolpevole nei rapporti tra privati.

²⁸³ È stato normativamente recepito e fa parte ora a pieno titolo del nostro sistema, nonostante a suo tempo non abbia avuto fortuna la proposta del Senato della Repubblica (d.d.l. n. 1281 presentato il 21 marzo 2002) di inserire un riferimento espresso nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, inserendo esplicitamente fra i principi da cui è retta l'attività amministrativa, anche quello di legittimo affidamento.

²⁸⁴ M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, 23 ss. L'esempio emblematico è quello del rilascio di un provvedimento favorevole che rende possibile al privato un determinato comportamento (ad es. la costruzione di un manufatto sulla base di un permesso di costruire). Se questo vien successivamente rimosso, sulla base di una nuova valutazione dell'interesse pubblico, il privato deve esser in qualche modo indennizzato: Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7334; Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554

²⁸⁵ E. Scotti, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012, 23 ss.

L'autotutela si manifesta nell'annullamento d'ufficio, quando l'atto è affetto da un vizio di legittimità, ovvero nella revoca, quando sopraggiungono fatti che rendono l'atto non più opportuno o non più idoneo a realizzare l'interesse pubblico affidato in cura alla pubblica amministrazione e che impongono una nuova e diversa ponderazione degli interessi in gioco²⁸⁶.

Gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990, come novellati dalla l. n. 15/2005, nel recepire gli istituti della revoca e dell'annullamento, già affermati in via pretoria, hanno avuto il pregio di valorizzare proprio l'affidamento²⁸⁷ del privato, che "entra in contatto" (qualificato) con la pubblica amministrazione²⁸⁸.

²⁸⁶ F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, op. cit., 83 ss.; G. LA Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013, 255 ss.

²⁸⁷ Cfr. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, op. cit., 466 ss. Secondo l'A. l'affidamento è un elemento di fatto consistente nel convincimento sulla stabilità del risultato, ottenuto al termine del procedimento amministrativo mediante il provvedimento favorevole; è un fatto che, assieme ad altri elementi (il carattere incolpevole del convincimento, il comportamento colpevole dell'amministrazione, la rimozione del provvedimento favorevole) fa parte della fattispecie complessa lesiva dell'interesse legittimo (pretensivo o oppositivo, a seconda dei casi) e, quindi, titolo per la risarcibilità del danno.

²⁸⁸ Nel caso dell'annullamento d'ufficio, l'affidamento del destinatario, che ha visto ampliata la propria sfera giuridica soggettiva, è tutelato attraverso il richiamo al "ragionevole lasso di tempo" che intercorre tra l'atto e la sua rimozione. La tutela dell'affidamento investe anche la posizione dei controinteressati i cui interessi debbono essere adeguatamente ponderati prima della rimozione dell'atto.

La tutela dell'affidamento, dunque, in talune fattispecie può anche prevalere sul canone della legittimità dell'azione amministrativa, perché anche in presenza di un atto illegittimo l'annullamento non è sempre doveroso e incontra il limite del legittimo affidamento.

Nel caso della revoca, invece, la tutela dell'affidamento non si spinge a precludere l'esercizio del potere di autotutela, ma fonda il diritto dei soggetti lesi per effetto della revoca stessa a ottenere l'indennizzo previsto dall'art. 21 *quinquies*.

Il legislatore, nel richiamare l'indennizzo, che costituisce, in teoria generale, il corrispettivo per l'adozione di un atto legittimo ma dannoso, ha dunque espresso una scelta di fondo: la tutela dell'affidamento non opera soltanto con riferimento agli atti *contra legem*, ma anche per gli atti ab origine (o non più) opportuni che la P.A. rimuove per superiori motivi di interesse pubblico, ma che impongono comunque la tutela dell'affidamento in essi riposta dai privati. Il tempo tra il compimento dell'atto di amministrazione attiva e il momento in cui si manifesta l'esigenza di autotutela rileva, dunque, in modo diverso nelle due manifestazioni di autotutela: nell'annullamento d'ufficio il perdurare dell'atto consolida l'affidamento e preclude l'esercizio dell'autotutela; nella revoca, invece, il fattore tempo non rileva come elemento preclusivo, ma assume peso decisivo ai fini della determinazione dell'indennizzo.

Il principio in esame è spesso invocato anche nei procedimenti amministrativi in cui sono coinvolti i terzi, anche se non sempre a vantaggio di questi ultimi, in quanto può talvolta accadere che il terzo, pregiudicato da un certo provvedimento, si attivi dopo che si sia consolidato in capo al suo destinatario quel legittimo affidamento sulla stabilità degli effetti giuridici sorti sulla base del provvedimento stesso.

Altre volte, invece, il legittimo affidamento viene invocato proprio dal destinatario di un provvedimento amministrativo, al fine di paralizzare l'azione demolitoria avanzata da eventuali terzi; in tali casi i terzi, anche se titolari di diritti, non possono fare nulla proprio perché si è consolidato in capo al destinatario l'affidamento sulla legittimità di un provvedimento per lui vantaggioso²⁸⁹.

Si consideri il caso di una disposizione dirigenziale, con la quale viene ingiunto a terzi il pagamento in solido della sanzione pecuniaria per opere realizzate in parziale difformità dalla licenza edilizia (provvedimento sindacale n. 4 del 1949) rilasciata cinquant'anni prima nei confronti dell'impresa costruttrice. L'abuso di cui si tratta era addebitabile a quest'ultima (unica proprietaria, al tempo, dell'edificio) e la violazione, pertanto, risaliva ad epoca anteriore alla nascita del condominio e agli acquisti individuali delle singole unità immobiliari da parte dei condomini. Il giudice amministrativo, considerando che l'intervento sanzionatorio

²⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2018, n. 2313. Nel caso di specie, un'impresa attiva nella produzione di calcestruzzo si vedeva notificare dal Comune un accertamento relativo alla realizzazione abusiva di vari fabbricati destinati alla produzione, lavorazione e deposito, in quanto l'area interessata era soggetta a vincolo paesaggistico. L'attività, esistente da molto tempo, era situata sul greto di un fiume in forza di concessione demaniale rilasciata dal competente servizio regionale. I terzi controinteressati, che risiedevano in zona, lamentavano di essere disturbati dal rumore e dai fumi provenienti dall'impianto e, a fondamento delle proprie doglianze, evidenziavano come l'insediamento produttivo fosse stato realizzato in area soggetta a vincolo ambientale e, in parte, senza i necessari permessi edilizi. Il Tar, in prima battuta, concludeva, sostenendo le lamentele dei terzi controinteressati, che i fabbricati andassero effettivamente demoliti perché realizzati senza autorizzazione paesaggistica e senza tutti i necessari titoli edilizi; contro la sentenza del Tar, il titolare dell'impresa presentava appello al Consiglio di Stato, sostenendo la propria estraneità, in qualità di titolare dell'impresa, rispetto alla realizzazione degli abusi, avvenuta prima della sua nascita. Inoltre, il legittimo affidamento del titolare sarebbe riconducibile anche ad una serie di provvedimenti emessi dal Comune sul presupposto della regolarità dell'impianto. Quindi, secondo il Consiglio di Stato l'amministrazione dovrebbe comparare l'interesse pubblico alla demolizione con il consolidamento della situazione dovuto al decorso del tempo e all'affidamento maturato dal privato.

veniva compiuto dopo circa mezzo secolo dalla commissione dell'abuso, riconosceva la sussistenza di un legittimo affidamento dei terzi sulla regolarità dell'immobile, vista anche la ragionevole presunzione, ingenerata dalla prolungatissima inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza, che eventuali irregolarità sarebbero state ormai tollerate²⁹⁰.

5.4. Principio di precauzione

Si premette che l'analisi di tale principio sarà approfondita nel corso del capitolo secondo, con riferimento all'analisi di una particolare fattispecie di impianti potenzialmente pericolosi per la salute e per l'ambiente.

Ciò chiarito, occorre riflettere sul fatto che spesso accade che l'amministrazione autorizzi legittimamente lo svolgimento di un'attività, rivelatasi poi potenzialmente dannosa; in tali casi gli effetti del provvedimento autorizzatorio potrebbero compromettere la salute di eventuali terzi e, in tal caso, l'ordinamento si fa carico di porre dei rimedi a tale interferenza, prima ancora che ne derivi un danno al bene salute.

Proprio la particolare rilevanza del bene salute ha determinato l'emersione nella normativa di settore, anche europea e internazionale, del principio di precauzione²⁹¹. Tale principio assurge a canone generale di

²⁹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24/10/2013, n. 5158. Sul punto il Cons. Stato osserva che *"l'esistenza, in casi eccezionali, di possibili deroghe al principio che il potere repressivo delle violazioni in materia edilizia non necessita di particolari motivazioni oltre l'affermazione della accertata abusività dell'opera, perché relativo ad attività vincolata, è stata affermata anche da consolidata giurisprudenza, che ha fatto salva l'ipotesi in cui, per il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso ed il protrarsi dell'inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato. Ipotesi, in relazione alla quale è ravvisabile un onere di congrua motivazione che indichi, avuto riguardo anche all'entità ed alla tipologia dell'abuso, il pubblico interesse – evidentemente diverso da quello al mero ripristino della legalità violata – idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato (Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3443; 29 maggio 2006, n. 3270)"*.

²⁹¹ Il principio di precauzione è un principio veicolato dal diritto comunitario, ma derivante al diritto tedesco, che teorizza il cd. Vorsorgeprinzip con riferimento a pretese risarcitorie di soggetti danneggiati dalla esposizione a sostanze chimiche poi rivelatesi nocive (B. Delfino, Una nuova nozione di sicurezza nel diritto pubblico: riflessioni, rapporti con i

azione delle autorità pubbliche chiamate a gestire l'esistenza di siffatti rischi²⁹² e consente l'adozione di rimedi di chiusura: anche quando l'attività pericolosa sia stata legittimamente autorizzata, l'accertata esistenza di un rischio per la salute umana (o per l'ambiente) consentirebbe di adottare misure di prevenzione e messa in sicurezza previste dal codice dell'ambiente. E consentirebbe altresì agli interessati di ricorrere contro l'amministrazione rimasta inerte per il risarcimento del danno causato dall'eventuale ritardo nell'adozione di quelle misure²⁹³.

Si vedrà nel prosieguo come il principio di precauzione sia spesso invocato dai terzi a tutela delle proprie posizioni giuridiche pregiudicate da provvedimenti amministrativi legittimi.

Il rapporto tra precauzione e prevenzione vede il primo al servizio del secondo all'interno di una relazione mezzo – fine. Attraverso il principio di precauzione si cercano di fronteggiare quei rischi tecnologici derivanti dall'antropizzazione del territorio e dallo sviluppo delle attività tecnologiche²⁹⁴.

L'art. 1 della legge n. 241 del 1990 pone fra i "*Principi generali dell'attività amministrativa*" anche i principi dell'ordinamento comunitario fra cui va ricompreso anche quello di precauzione, il quale, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, impone "*alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici*"²⁹⁵.

La giurisprudenza dell'Unione europea ha tratto spunto da quanto illustrato dalla Commissione europea nella Comunicazione del febbraio 2000, secondo cui il principio di precauzione può essere invocato

principi di precauzione e prevenzione e sua forza espansiva, in *Foro amm./Cons. St.*, 2008, 3191.

²⁹² G. Manfredi, Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1102; M. Carfagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 262 ss.; M. Renna, *Ambiente e territorio, nell'ordinamento europeo*, *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2009, 688.

²⁹³ Cfr. art. 310, comma 1, d.lgs. n. 252/2006.

²⁹⁴ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo. Il procedimento amministrativo*, Dike Editore, 2001, 40 ss.

²⁹⁵ Tribunale CE, sez. II ampliata, 26 novembre 2002, cause riunite T.74/00 e altre, *Artegodan*, punto 184 (in *Riv. It. Dir. pub. com.*, 2004, 632).

ogniquale volta, in base ad informazioni scientifiche incomplete, vi siano motivi ragionevoli di preoccupazione circa il possibile sopravvenire di effetti potenzialmente pericolosi per l'ambiente e la salute umana, animale o vegetale. In questi casi il principio impone una operazione di valutazione e di gestione del rischio. E tale individuazione e valutazione del rischio deve essere eseguita da esperti indipendenti riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale e selezionati in base ad una procedura trasparente, mentre la gestione del rischio deve essere corrispondente al livello di protezione stabilito dalle norme europee o internazionali e dagli obiettivi di politica ambientale²⁹⁶.

Il ricorso al principio di precauzione viene dunque a concretizzarsi nell'adozione del provvedimento che si rivela più idoneo alla luce dell'evoluzione scientifica e dei criteri di proporzionalità, di non discriminazione, di coerenza e di esame dei benefici e degli svantaggi. E l'adozione di tale provvedimento (caratterizzato da provvisorietà in quanto sempre sottoposto a valutazione periodica alla luce delle nuove conoscenze scientifiche) deve giungere a valle, come vedremo meglio nel capitolo successivo, di un procedimento aperto e partecipato²⁹⁷.

L'affermazione del principio di precauzione è generalmente riconosciuta come conseguenza dell'evoluzione scientifica e tecnologica che viene così a produrre i propri effetti anche sull'assetto e sull'azione della pubblica amministrazione. Nella "società del rischio" anche l'amministrazione viene ad essere definita "di rischio" e centrale è il ruolo rivestito proprio dal principio di precauzione²⁹⁸.

In particolare, quest'ultimo può definirsi come il principio per cui, in caso di rischio che possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva, l'amministrazione deve adottare le misure

²⁹⁶ M. Antonioli, Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa, in Riv. It. Dir. pubb. Comun., 2007, 51 ss.; A. Barone, il diritto del rischio, Milano, 2006; A. Bianchi-M. Gestri (a cura di), Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario, Milano, 2006.

²⁹⁷ G. Comandè (a cura di), Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità, Milano, 2006, 35 ss.; A. Zei, Il principio di precauzione: programma, regola, metodo, in R. Bifulco-A. D'Aiola (a cura di), Un diritto per il futuro, Jovene, Napoli, 2008.

²⁹⁸ F. De Leonardis, Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio, Milano, 2005, 75 ss.

che consentano un alto livello di protezione della salute umana e dell'ambiente²⁹⁹.

Tale definizione è contenuta nell'art. 301, d. lgs. n. 152 del 2006 (T.U. in materia di ambiente), che è la prima norma dell'ordinamento interno che definisce il principio in esame facendo leva sui concetti di "rischio" e di "valutazione scientifica obiettiva". Appare evidente che si tratta di un principio cogente, in forza del quale la tutela diviene anticipata e l'oggetto dell'attività di prevenzione e di riparazione riguarda non soltanto i rischi conosciuti, ma anche quelli di cui si sospetta l'esistenza³⁰⁰.

Definito in questi termini, pertanto, il principio in esame consente all'amministrazione di adottare tutti i provvedimenti necessari laddove essa paventi il rischio di una lesione a interessi tutelati³⁰¹.

La portata del principio appare espansiva dal momento che il principio viene richiamato non solo dall'art. 191 TFU, ma anche dall'art. 11 TFU sull'integrazione dell'ambiente in ogni politica comunitaria, dagli artt. 4 lett. E) e 168 TFU sulla protezione della salute e dagli artt. 169, nn. 1 e 2, TFU che si riferiscono alla protezione dei consumatori³⁰².

Occorre sottolineare che sempre più spesso, anche grazie alle rapide evoluzioni della tecnologia, le amministrazioni si trovano a dover adottare decisioni in fattispecie nelle quali il quadro conoscitivo tecnico-scientifico è caratterizzato da incertezza.

La definizione accolta dal diritto positivo e dalla giurisprudenza comunitaria e che fa riferimento al "rischio che deve essere accertato a seguito di valutazione scientifica obiettiva" segna il superamento sia della

299 F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2006; B. Marchetti, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2007, 60.

³⁰⁰ Tar Friuli Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 5 maggio 2014, n. 183; Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4200.

³⁰¹ Tar Campania Napoli, sez. V, 3 luglio 2009, n. 3727; Tar Liguria, sez. I, 17 marzo 2006, n. 252; Tar Lombardia, Brescia, 11 aprile 2005, n. 304. La portata del principio appare espansiva dal momento che il principio viene richiamato non solo dall'art. 191 TFU, ma anche dall'art. 11 TFU sull'integrazione dell'ambiente in ogni politica comunitaria, dagli artt. 4, lett. E) e 168 TFU sulla protezione della salute e dagli artt. 169, nn. 1 e 2, TFU che si riferiscono alla protezione dei consumatori.

³⁰² F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano 2012, 417.

versione paralizzante (c.d. verde) del principio sia quella permissiva (o minimalista)³⁰³.

L'attuale formulazione del principio di precauzione postula che il rischio che giustifica la decisione amministrativa sia probabile e non solo possibile e ciò deve essere accertato da un'istruttoria completa svolta da organi competenti e indipendenti³⁰⁴.

La decisione precauzionale postula un'analisi costi-benefici attraverso la considerazione e il bilanciamento dei potenziali vantaggi e svantaggi dell'azione/inazione³⁰⁵. Tale decisione, inoltre, deve essere proporzionata³⁰⁶ e, cioè la meno restrittiva possibile; del rispetto di tali condizioni deve dare ampio conto la motivazione che deve essere particolarmente corposa³⁰⁷.

³⁰³ In base alla versione verde del principio di precauzione, nel dubbio se un'attività sia pericolosa o meno, dovrebbe quella stessa attività essere paralizzata o, nel dubbio se un prodotto sia dannoso o meno, non lo si dovrebbe autorizzare. Al contrario, per la versione permissiva o minimalista del principio di precauzione, l'amministrazione, da una parte, non potrebbe paralizzare alcuna attività fino a quando il danno non sia provato con certezza e, dall'altra, dovrebbero essere autorizzati tutti i prodotti almeno sino a quando non si provi con certezza che essi possono essere pericolosi. Cronologicamente, il punto di passaggio dalla versione paralizzante del principio di precauzione in presenza di una mera possibilità di danno (pericolo), a quella "ragionevole", per la quale il rischio che giustifica la misura deve essere probabile, si ritrova in due sentenze degli anni ottanta, nelle quali il giudice comunitario accenna al ruolo fondamentale della fase istruttoria nell'adozione della misura precauzionale (Corte Giust., CE, 10 dicembre 1985, C.247/84 e Corte Giust., CE, 6 maggio 1986, 304/84 Mullet). Nella giurisprudenza comunitaria l'affermazione chiara del principio di precauzione nella sua versione "ragionevole" (recepita dall'art. 301 cod. amb.) si ritrova a partire dal noto caso della mucca pazza, in cui le misure precauzionali di divieto di esportazione delle carni dall'Inghilterra furono ritenute legittime in quanto emanate a seguito di istruttoria seria, condotta dalla Commissione, da cui emergeva un ragionevole rischio che giustificava tali misure.

³⁰⁴ F. De Leonardis, Principi generali dell'attività amministrativa, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, op. cit., 94. L'A. precisa che per essere obiettiva la valutazione scientifica deve fondarsi su dati tecnico scientifici disponibili e non su mere ipotesi e, al fine di accertare la probabilità del rischio non occorre che tutti i pareri degli organi scientifici siano concordi, ma è necessario che vi sia un numero ragionevole di pareri tecnico-scientifici che giustificano la decisione precauzionale.

³⁰⁵ Corte Giust. CE, 21 marzo 2000, C-6/99, Greenpeace France.

³⁰⁶ Secondo Tar Toscana-Firenze, sez. II, 31 agosto 2010, n. 5145, "Il principio di precauzione, che in tema ambientale trova immediata applicabilità ogniqualvolta sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, non occorrendo che siano provate la realtà e la gravità di tali rischi, è pacificamente applicabile alla materia del trattamento e dello smaltimento dei rifiuti, dovendo, peraltro, essere armonizzato con quello di proporzionalità, nella ricerca di un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco. Cfr. anche Tar Puglia-Lecce, sez. I, 13 aprile 2011, n. 664.

³⁰⁷ Corte Giust. CE, 23 settembre 2003, C-192/01, Commissione/Regno di Danimarca.

Con riferimento specifico alla tutela dei terzi, occorre sottolineare che il presupposto necessario per anticipare, di fronte a un provvedimento amministrativo che li pregiudica, la tutela della salute a un momento anteriore al consumarsi del danno, è la differenziazione dell'interesse dei terzi stessi.

Si consideri il caso in cui le emissioni di un impianto superino la soglia di legge consentita e il singolo sia in grado di dimostrare (per es. utilizzando meccanismi di rilevazione adeguati) la sua esposizione a quella fonte di pericolo; in tale ipotesi la sua posizione deve ritenersi differenziata appunto perché intaccata dall'illegittimo esercizio del potere. Il contatto materiale, che coincide con l'inizio dell'illegittima interferenza, segna anche il limite massimo di anticipazione della tutela: una tutela che non richiede il prodursi del danno (inteso come lesione del bene salute), ma che non può prescindere da quel primo indice di differenziazione³⁰⁸.

Entro questi limiti si può ipotizzare l'attivazione di una garanzia di tipo inibitorio, proprio facendo leva sul principio di precauzione. Nell'esempio avanzato, l'azionabilità della posizione del terzo coincide, dunque, con il primo contatto con la *res* dannosa: trattandosi di un danno in atto o *in fieri*, il terzo può chiedere all'amministrazione, invocando il principio di precauzione, la inibizione dell'attività dannosa³⁰⁹. È proprio nel settore della tutela della salute e dell'ambiente, del resto, che la giurisprudenza legittima con maggiore frequenza una azione inibitoria³¹⁰, anche laddove sia coinvolta una pubblica amministrazione³¹¹. Occorre però precisare che l'applicazione

³⁰⁸ S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013, 45 ss.

³⁰⁹ L'azione inibitoria, come noto, mira a "prevenire per il futuro la ripetizione di atti o la continuazione di un'attività *contra jus*, lesivi cioè dei diritti spettanti ad un soggetto": A. Fregnani, *Inibitoria (azione)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 560.

³¹⁰ Sulla tutela preventiva in materia ambientale, I. Pagni, *Tutela dell'ambiente in forma individuale e in forma collettiva*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti, *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione-responsabilità-assicurazione*, Napoli, 2012, 246 ss.

³¹¹ Cass., 8 marzo 1982, richiamata da M.R. Maugeri, *Il rimedio inibitorio nella giurisprudenza "ambientale"*, ove si riconosce al giudice ordinario, "in conformità di quanto tassativamente prescritto dall'art. 844 c.c. [...] a tutela del diritto di proprietà", il potere di condannare l'amministrazione a un *non facere*, a patto che ciò non implichi valutazioni discrezionali, ma si risolva in un semplice ordine di astensione da attività

di tale principio in relazione a un'attività fonte potenziale di rischio nei confronti di eventuali terzi non implica necessariamente il divieto assoluto di prosecuzione dell'attività stessa³¹²; se così fosse, infatti, il principio in esame si porrebbe in palese contrasto con quello di proporzionalità, in quanto spesso la mera inibizione dell'attività (posta a tutela della salute di certi soggetti o di una certa fascia della popolazione) comporta un sacrificio certamente non "minimo" a carico del titolare esercente l'attività stessa, sacrificio che, invece, ben potrebbe essere minimizzato qualora l'attività venisse sì tollerata, ma imponendo al suo titolare il rispetto di certe condizioni durante lo svolgimento dell'attività stessa³¹³.

Approfondiremo meglio in seguito la questione della tutela del terzo alla luce del principio di precauzione in materia di inquinamento elettromagnetico e alla luce della normativa vigente e degli ultimi orientamenti giurisprudenziali.

tassativamente vietate dall'ordinamento giuridico (nella specie diffusioni di suoni e rumori intollerabili).

³¹² Accade comunque spesso che l'attività pericolosa venga inibita in senso assoluto. Cfr. sul punto T.R.G.A. Trentino Alto Adige Bolzano, sent. 22 marzo 2017, n. 106 che ordina la rimozione di un'antenna radio collocata nelle vicinanze di un polo scolastico e di una scuola materna in applicazione del principio di precauzione, allo scopo di minimizzare l'esposizione ai campi elettromagnetici delle fasce più giovani della popolazione. Da notare che detta installazione era stata autorizzata in violazione del D.P.P. n. 36/2013, il cui art. 3 dispone che "[...] nella realizzazione e nell'esercizio delle infrastrutture per le comunicazioni devono essere rispettate le esigenze di salvaguardia della salute, di sicurezza, di tutela della natura e del paesaggio e delle aree protette, tenendo conto della copertura del territorio e della qualità del servizio offerti; "[...] per ridurre i campi elettromagnetici, nell'ambito degli insediamenti è tuttavia consentita una maggiore distribuzione degli impianti sul territorio".

³¹³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3586. Nella fattispecie esaminata, in particolare, un'azienda agricola svolgeva attività di allevamento di bovini da latte, i quali erano ricoverati in un recinto vicino l'abitazione di Tizio, il quale, a causa di tale vicinanza, segnalava alle varie Autorità e alla competente ASL l'immissione nella sua proprietà di odori del bestiame e di polveri derivanti dalla preparazione del mangime per quest'ultimo. Il Sindaco, posto che l'allevamento non rispettava certe distanze prescritte dal regolamento locale di igiene, ingiungeva all'azienda agricola, a tutela dell'igiene pubblica e in applicazione del principio di precauzione, l'eliminazione del recinto e lo spostamento del relativo bestiame in altra area dell'azienda, affinché l'emissione di polveri in aria non costituisse nocimento alla salute pubblica. Il G.A. ha ritenuto, invece, che occorresse lasciare all'azienda la libertà di trovare la soluzione più idonea rispetto all'economia aziendale. Il G.A. pertanto ha individuato lo strumento di raccordo delle esigenze urbanistiche e igienico-sanitarie nell'atto d'obbligo, recante l'impegno dell'azienda a non superare la soglia di 200 capi bovini presenti in azienda e ad adottare le migliori tecniche indicate dall'autorità veterinaria per mitigare le predette molestie e a prestare la massima collaborazione agli uffici comunali e all'ASL per le verifiche sul rispetto della soglia.

CAPITOLO SECONDO

LA TUTELA DEI TERZI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I terzi ricorrenti. 2.1. La legittimazione a ricorrere come condizione dell'azione. Caratteri generali. 2.2. Verso una nozione "processuale" di legittimazione a ricorrere. 2.3. La legittimazione a ricorrere dei terzi. 3. La qualificazione dei terzi. 4. La differenziazione dei terzi. 5. L'"espansione" giurisprudenziale della legittimazione a ricorrere dei terzi. La *vicinitas*. 6. Differenziazione dei terzi e partecipazione al procedimento. 7. Accesso alla giustizia secondo la Convenzione di Aarhus. 8. La legittimazione a ricorrere dei terzi quale forma di legittimazione oggettiva? 9. I terzi nei processi promossi da altri. 9.1 L'intervento *ope iudicis* dei terzi. 9.2. L'intervento volontario dei terzi. 9.3 L'opposizione di terzo.

1. Premessa.

Finora si è detto della tutela dei terzi nel procedimento amministrativo e accennato alle due principali categorie di terzi, ossia quella dei terzi titolari di interessi che l'ordinamento specificamente tutela³¹⁴ e quella di coloro,

³¹⁴ Occorre, infatti, che l'interesse del terzo sia preso in considerazione non da una qualsiasi norma giuridica, bensì da particolari norme che, nel disciplinare i rapporti tra terzo e destinatario dell'azione amministrativa, forniscano, esplicitamente o almeno implicitamente, i criteri che permettano di imputare tale interesse a particolari soggetti, distinti dal *quisque de populo*.

Per esempio, in tema di distanze tra farmacie, si è potuto osservare nelle pagine precedenti che l'art. 1, comma 4, della legge 2 aprile 1968 n. 475, nel disciplinare il rapporto pubblicistico tra amministrazione, che deve esercitare un potere autorizzatorio, e il privato che presenta domanda per l'apertura di una nuova farmacia, impone alla stessa amministrazione, nell'esercizio del suddetto potere, di considerare anche l'interesse dei titolari di eventuali altre farmacie poste nelle vicinanze; questi ultimi sono soggetti terzi rispetto al rapporto tra amministrazione, da una parte, e l'interessato, dall'altra, e il legislatore, consapevole che tali soggetti terzi potrebbero essere incisi negativamente dal provvedimento autorizzatorio rilasciato a favore dell'istante, vieta all'amministrazione di autorizzare l'apertura di una nuova farmacia a una distanza inferiore a quella legale, conciliando così l'interesse generale alla uniforme distribuzione sul territorio del servizio di assistenza farmaceutica con l'interesse individuale di eventuali terzi a non subire la concorrenza sleale.

O, ancora, con riferimento alla gestione di impianti di smaltimento rifiuti, vi sono varie norme pubblicistiche che, nel disciplinare tale fattispecie, impongono, tra l'altro, anche il rispetto di precisi valori limite di inquinamento a tutela di interessi individuali di soggetti

invece, che non sono titolari di una posizione giuridica qualificata e/o differenziata e che sono spesso considerati come titolari di una frazione dell'interesse pubblico³¹⁵.

I terzi rientranti nella prima categoria sono tutelati non solo in caso di partecipazione attiva al procedimento amministrativo³¹⁶, ma anche nel caso in cui non abbiano preso parte al procedimento stesso³¹⁷.

terzi che potrebbero eventualmente essere pregiudicati dalla gestione di tali impianti. Evidentemente, come avremo occasione di approfondire in seguito, non deve trattarsi di terzi qualsiasi, ma di soggetti terzi che si trovano in una posizione particolare rispetto alla ubicazione di tale impianto (proprietari limitrofi o titolari di altri diritti reali su terreni confinanti).

Altre ipotesi in cui possono essere coinvolti interessi di soggetti terzi titolari di diritti nei confronti dell'amministrazione possono aversi con riferimento ai permessi di costruire. In tale ambito, infatti, basti considerare l'art. 11, comma 3, del T.U. Edilizia per comprendere come il fine del legislatore sia anche quello di tutelare l'interesse di eventuali soggetti, diversi dal destinatario, che potrebbero subire un pregiudizio in occasione dell'esercizio del potere autorizzatorio in materia edilizia.

³¹⁵ Ad esempio, sempre con riferimento al settore dell'edilizia, il permesso di costruire rilasciato nei confronti di Tizio potrebbe ledere l'interesse del vicino di casa a trovare parcheggio o alla "qualità della vita" (declinato nella accezione a non avere troppo traffico sotto le finestre di casa; o, ancora, nel non vedersi pregiudicato il diritto dello stesso vicino al panorama leso dalla nuova costruzione). Tali pretese del terzo (vicino) non hanno, a ben vedere, alcun fondamento normativo. Infatti, non vi sono norme (né pubblicistiche, né privatistiche) che ampliano i confini del diritto di proprietà fino a coprire la mera aspettativa al parcheggio sotto casa o alla bella vista; pertanto, il terzo in questi casi resta il "chiunque", anche se più intensamente toccato, sul piano fattuale, dall'azione amministrativa.

Anche in materia di esercizio di attività economica è possibile individuare fattispecie nelle quali il terzo risulta titolare di interessi non tutelati dall'ordinamento giuridico. Infatti, nel caso in cui non ci siano norme (come quelle sopra richiamate in tema di distanze tra farmacie) che tutelano specificamente l'interesse del terzo a non subire la concorrenza di un competitore, la pretesa del "vicino" di impedire che l'attività del concorrente comporti una riduzione del valore economico della propria attività, non solo è priva di fondamento normativo, ma risulta anche in palese contrasto con la ratio della stessa disciplina in materia di concorrenza. La legge, infatti, non tutela il diritto ad avere poca concorrenza, ma, al contrario, sancisce il diritto alla libera iniziativa economica.

³¹⁶ Se i terzi partecipano al procedimento avranno sicuramente la possibilità di specificare meglio il proprio interesse nel caso concreto, acquisendo una serie di facoltà procedurali, tra cui la possibilità di presentare opposizione.

³¹⁷ In quest'ultimo caso, infatti, anche se la tutela ad essi spettante sarà di minore intensità, l'amministrazione sarà comunque tenuta a rispettare il loro interesse e ciò in quanto tale interesse risulta tutelato direttamente da specifiche disposizioni normative. Ove non ci sia partecipazione, in particolare, la verifica del pregiudizio sulla sfera del terzo può avvenire unicamente *ex post*, all'esito dell'esame dell'atto e del suo contenuto; quel che è certo è che il provvedimento emanato in violazione della norma a favore del terzo comporta senz'altro la lesione dell'interesse legittimo del terzo, anche in caso di sua inerzia procedimentale.

Con riferimento, invece, alla seconda categoria di terzi sopra accennata (coloro, cioè, che risultano titolari di interessi di mero fatto), è stato precisato nelle pagine precedenti come la loro partecipazione sia certamente possibile alla luce delle norme sul procedimento amministrativo (che abbiamo visto essere un procedimento aperto anche agli interessi di mero fatto, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 241/1990), ma che, tuttavia, costoro non possano considerarsi destinatari della comunicazione di avvio, prevista dall'art. 7 della stessa legge³¹⁸. La loro posizione può, ma non deve rilevare ai fini della ponderazione, anche se l'amministrazione sarà tenuta a motivare le ragioni per le quali non intende accogliere le osservazioni presentate.

A titolo esemplificativo, e sempre con riferimento all'esercizio di impianti potenzialmente pericolosi, rientrano nella seconda categoria di terzi coloro che fanno valere dinnanzi all'amministrazione procedente non la violazione di norme che dettano precise soglie-limite di inquinamento acustico o ambientale (poste proprio a tutela dell'ambiente e della salute), bensì una generica e presunta lesione del bene salute, a prescindere cioè dalla concretezza della lesione, ma semplicemente sulla base della presunta potenzialità di quell'impianto a ledere tale bene fondamentale. Infatti, le norme pubblicistiche, che disciplinano il potere pubblico di controllo dell'amministrazione sull'apertura di impianti potenzialmente pericolosi, solitamente non individuano, accanto all'interesse pubblico, le categorie specifiche di soggetti che potrebbero invocare quelle stesse norme e ciò in quanto, visti i casi di incertezza scientifica che caratterizzano tale settore, non sarebbe semplice individuare criteri affidabili di differenziazione, in ragione dei dubbi in merito al pericolo per la salute umana e all'area geografica di sua possibile incidenza. In tali casi, la legge non identifica *ex ante* la cerchia di soggetti che, potendo ricevere un pregiudizio dall'attività

³¹⁸ Al contrario, le terze parti, titolari di interessi ritenuti meritevoli di tutela, rientrano tra coloro che hanno diritto alla comunicazione di avvio del procedimento; infatti, il criterio della facile individuabilità, previsto dall'art. 7 sopra richiamato viene inteso proprio con riferimento ai criteri previsti dal legislatore per individuare quegli interessi meritevoli di tutela, al fine di assicurare che questi ultimi, essendo giuridicamente tutelati, rilevino sempre ai fini della ponderazione.

dannosa, sono legittimati a contestare l'autorizzazione illegittimamente resa e ciò in quanto spesso accade che non solo sia dubbio il fatto che lo stesso impianto risulti davvero pericoloso, ma anche che non siano sempre prevedibili i casi e le modalità secondo cui un soggetto possa venire in contatto con tale impianto (per es. perché l'area interessata coincide con il suo luogo di vacanza).

Il diverso rilievo degli interessi coinvolti determinerebbe una diversa misura di tutela: mentre ai titolari di interessi direttamente tutelati da precise disposizioni di legge è garantita la tutela al bene della vita (per es. il diritto alla salute, nel caso di partecipazione al procedimento che autorizza l'apertura di un impianto pericoloso senza assicurare il rispetto di eventuali limiti distanziali dalle private abitazioni), ai titolari di interessi di mero fatto spetterebbe, invece, una tutela dell'interesse meramente procedimentale (nell'esempio fatto, nel caso in cui sia stato assicurato il rispetto di eventuali limiti distanziali dalle private abitazioni, tali soggetti non potranno pretendere che l'amministrazione tuteli in via diretta e immediata il proprio diritto alla salute, ma semplicemente che prenda in considerazione le osservazioni da loro presentate, affinché valuti se, nel caso concreto, possa essere tutelata o meno la posizione giuridica soggettiva di cui si lamenta la lesione.

Anche se i soggetti rientranti in quest'ultima categoria possono essere in astratto ammessi a prendere parte al procedimento e a esercitare le facoltà procedurali previste dalla legge, tuttavia la loro partecipazione non ha trovato finora molto spazio nella prassi amministrativa, essendo la P.A. piuttosto restia ad ammetterne la partecipazione tramite la comunicazione dell'avvio del procedimento (e in ciò anche avallata dalla giurisprudenza³¹⁹),

³¹⁹ Nella realtà, si assiste spesso al fatto che le osservazioni provenienti da quest'ultima categoria di terzi (i vicini del richiedente, i quali possono anche rappresentare un numero ingente di soggetti) vengano portate direttamente all'attenzione del giudice amministrativo, anziché della stessa amministrazione nel corso del procedimento amministrativo e ciò in quanto il Consiglio di Stato ha più volte precisato in passato che “ [...] il vicino del richiedente può intervenire nel procedimento e impugnare il provvedimento che accoglie l'istanza, ma non ha titolo a ricevere l'avviso di avvio del procedimento. Sempre con riferimento alla mancata comunicazione di avvio del procedimento, è stato ribadito che “i vicini controinteressati rispetto al rilascio di un certo provvedimento non sono annoverabili tra i

in nome della speditezza ed economicità dello stesso, ed essendo altresì rari i casi in cui tali soggetti possano avere autonomamente notizia del procedimento e intervenire volontariamente.

A tali terzi non resta così che percorrere l'incerta via processuale.

Hanno costoro ingresso davanti al giudice amministrativo in qualità di ricorrenti? Possono ritenersi sussistenti, in capo agli stessi, le condizioni dell'azione ai fini della legittimazione a ricorrere? Di quali altri strumenti processuali possono gli stessi avvalersi per salvaguardare la propria posizione?

Si avrà occasione di osservare come proprio la rilevanza fondamentale del bene salute spinge spesso la giurisprudenza a colmare quel deficit di partecipazione procedimentale, che caratterizza quest'ultima categoria di terzi, e ad "aggirare" le difficoltà di differenziazione, proprio facendo leva sul criterio della *vicinitas* e assumendo che la norma pubblicistica implicitamente protegga dal pregiudizio soltanto coloro che a quel rischio sono in astratto maggiormente esposti, in quanto vivono in prossimità dell'impianto. Ad esempio, in materia di salute e ambiente, i giudici riconoscono la legittimazione dei terzi a impugnare le autorizzazioni all'esercizio di attività dannose alla salute dell'uomo e all'ambiente proprio alla luce del criterio della *vicinitas* e, cioè, in quanto proprietari o residenti in fabbricati posti in prossimità dell'impianto inquinante, che hanno interesse, in ragione dello stabile collegamento con l'area di localizzazione, alla salvaguardia dell'ambiente e alla tutela della propria salute, nonché al rispetto delle norme poste a tutela del paesaggio.

soggetti destinatari, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, della comunicazione di avvio del procedimento, poiché l'invocata estensione ad essi della predetta comunicazione comporterebbe un aggravio procedimentale, in contrasto con i principi di economicità e di efficienza dell'attività amministrativa". Cfr. inoltre Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4847; cfr. Anche Tar Parma, sez. I, 4 aprile 2017, n. 127. Di analogo tenore è l'insegnamento di recente ribadito da Tar Lecce, sez. I, 13 settembre 2017, n. 1446 secondo cui "non sussiste, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241, un obbligo di avviso del procedimento ai soggetti vicini dell'istante che, pur essendo legittimati in quanto tali all'impugnazione, oltretutto nemmeno rivestono la qualifica di controinteressati in senso tecnico".

Si cercherà di capire se la garanzia offerta ai terzi titolari di interessi di mero fatto si riduca a una tutela plasmata sull'interesse alla legalità oggettiva: in particolare, se l'azione dei terzi non risulti parametrata tanto alla tutela di una loro posizione individuale, quanto, piuttosto, alla garanzia della corretta cura dell'interesse pubblico.

Nelle pagine che seguono si cercherà di analizzare tale questione attraverso l'esame di diversi istituti processuali di cui si possono avvalere i terzi, in particolare quello della legittimazione a ricorrere (nel caso dei terzi ricorrenti) e quelli della notificazione, intervento e opposizione di terzo (con riferimento ai terzi controinteressati in un processo proposto da altri).

2. I terzi ricorrenti.

2.1. La legittimazione a ricorrere come condizione dell'azione. Caratteri generali.

Come già più volte accennato, spesso accade che i terzi abbiano conoscenza del procedimento solo quando lo stesso si è già concluso con un provvedimento per loro pregiudizievole.

Altre volte accade, invece, che, nonostante i terzi abbiano partecipato al procedimento, lo stesso si sia poi ugualmente concluso con un provvedimento amministrativo per loro pregiudizievole.

In entrambi i casi ai terzi non resta che la costosa e incerta via del ricorso davanti al giudice amministrativo. In particolare, è data loro la possibilità di instaurare di propria iniziativa un giudizio davanti al giudice amministrativo al fine di rimuovere (o modificare *in melius*) quel provvedimento.

In generale, si rammenta che la proposizione di un ricorso giurisdizionale, volto all'annullamento di atti amministrativi, è subordinata all'esistenza di tre condizioni fondamentali: 1) l'essere il ricorrente titolare di una posizione specificamente qualificata in ragione del rapporto

giuridico che viene in rilievo (interesse legittimo o diritto soggettivo), in modo che il soggetto non si identifichi come un semplice *quisque de populo* e, cioè, la legittimazione ad agire; 2) l'esistenza di un interesse ad agire (*ex art. 100 c.p.c.*), in relazione al bene della vita per cui si controverte, interesse inteso “*non genericamente nei termini della idoneità dell'azione a realizzare il risultato perseguito, ma come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio attraverso il processo amministrativo*”; 3) la *legitimatio ad causam* (o legittimazione attiva), discendente dall'affermazione di colui che agisce in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo³²⁰.

Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, il giudice amministrativo dovrà verificare, in primo luogo, la legittimazione a ricorrere, in capo ai terzi che intendono ricorrere per la rimozione del provvedimento per loro pregiudizievole.

Secondo un primo orientamento, la sussistenza della legittimazione come condizione dell'azione viene indissolubilmente legata all'esistenza, in capo ai terzi, di un interesse giuridicamente rilevante, quale posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio, fino a coincidere con la sua titolarità concreta. Ciò che si chiede, ai fini della legittimazione, non è la

³²⁰ Cfr. Cons St., sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563.

Per la dottrina v. *ex multis* G. Falcon, Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 299; F.G. Scoca, Attualità dell'interesse legittimo? In *Dir. proc. Amm.*, 2011, 410; S. Satta, Interesse e legittimazione, in *Foro it.*, 1954, IV, 160 ss.; R. Villata, voce “Legittimazione processuale, II) Diritto processuale amministrativo, 2; R. Villata, *Interesse ad agire II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 1; R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, 1993, 468; G. Costantino, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 2; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 194; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, 1216; G. Tomei, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 2; F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 110; S. Satta, *Variazioni sulla legittimazione ad causam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 638; L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1009; O. Ranalletti, *Principii di diritto amministrativo, Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, 430 ss.

mera affermazione della titolarità della situazione soggettiva, ma l'esistenza effettiva di tale situazione in capo ai terzi ricorrenti³²¹.

Condizione per l'accesso alla giustizia amministrativa è quindi, innanzitutto, la presenza concreta della posizione soggettiva che, salvo i casi di giurisdizione esclusiva, sarà certamente l'interesse legittimo. La sua formulazione di interesse sostanziale, differenziato rispetto alla generalità dei soggetti privati, lo pone al centro della nozione di legittimazione, quale figura chiave per il ricorso al giudice amministrativo³²².

L'identificazione della legittimazione nella titolarità effettiva dell'interesse legittimo trova albergo già nei primi studi a tendenza soggettivista³²³.

Con riferimento alla legittimazione a ricorrere, quindi, essa viene intesa come condizione dell'azione, laddove definita come "legittimazione al giudizio", che presuppone una effettiva appartenenza ai terzi ricorrenti della posizione soggettiva della quale lamentano la lesione e quindi una effettiva sussistenza dell'incidenza dell'atto impugnato sull'interesse protetto che sta alla base di tale posizione soggettiva³²⁴. Tale legittimazione è condizione per ottenere una pronuncia nel merito del ricorso, salvo poi ovviamente l'esito del giudizio dipendere dalla fondatezza della doglianza, "e cioè dal fatto dell'immunità o meno da vizi (di legittimità o di merito) del provvedimento amministrativo impugnato, che abbia inciso nella sfera degli interessi sostanziali posti a base della legittimazione"³²⁵.

³²¹ In proposito, si veda la ricostruzione di R. Villata, voce legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo, cit., 6 ss.

³²² A. Gleijeses, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, 1962, 10 ss.

³²³ È una considerazione di Ranalletti quella secondo cui "il diritto di ricorso spetta al titolare dell'interesse legittimo che si pretende leso dall'atto amministrativo. Cfr. al riguardo O. Ranalletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 465.

³²⁴ A.M. Sandulli *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sott'ordinati*, Napoli, 1963, 210.

³²⁵ Così A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sott'ordinati*, cit., 212 ss.

Si inizia a parlare di interesse legittimo dopo la creazione della IV Sezione del Consiglio di Stato; si rammenta che tale interesse, in quella lettura della legittimazione come titolarità concreta della situazione soggettiva, diviene condizione di accesso al giudice amministrativo, oltre che ovviamente essenziale elemento discretivo, insieme con il diritto soggettivo, del riparto di giurisdizione fondato sulla *causa petendi*³²⁶.

In quel contesto storico, in cui l'interesse legittimo diviene storicamente la condizione stessa per l'esistenza del processo amministrativo, la legittimazione a ricorrere non poteva essere certo costruita come mera affermazione astratta di una situazione giuridica soggettiva. Tale situazione, l'interesse legittimo, doveva effettivamente sussistere nel concreto, affinché vi fosse accesso al giudizio amministrativo, esattamente come prima, nel sistema a giurisdizione unica del 1865, la presenza di un interesse semplice, o di un diritto soggettivo degradato da un atto d'imperio, costituiva la condizione per l'accesso al contenzioso amministrativo³²⁷.

È stato in proposito rilevato che "il cosiddetto interesse legittimo era un interesse sostanziale sì ma di mero fatto, che acquistava rilevanza giuridica nel potere di iniziare il processo: era appunto (più che un interesse legittimo) un interesse legittimante"³²⁸.

La presenza di un interesse legittimo viene, dunque, a costituire un *prius* che determina e giustifica l'accesso al giudizio amministrativo. La legittimazione sussiste in quanto sussiste nel concreto l'interesse legittimo.

³²⁶ Il passaggio è ben evidenziato da F. Merusi, Dal 1866 ...e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione, in dir. proc. amm., 2016, 685, il quale, nel riflettere sulla creazione del sistema di giustizia amministrativa italiana fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, osserva come, nel meccanismo di tutela giurisdizionale approntato dal 1865 in poi " quel che rilevava era giustificare l'esistenza di un interesse legittimo che "legittimasse" un'azione di annullamento dell'atto diretta al giudice amministrativo".

³²⁷ A. Romano, Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria, Milano, 1966, 3 ss.; v. anche F. Merusi, Dal 1866 ...e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione, in dir. proc. amm., 2016, 683.

³²⁸ Così G. Falcon, Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza, in Dir. proc. amm., 2001, 289.

L'*incertum* da verificare nel processo consiste, invece, nel giudizio sulla legittimità o illegittimità dell'atto amministrativo, posto che lo stesso interesse legittimo viene costruito come pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa³²⁹.

In relazione a tali rilievi emerge chiaramente la differenza tra legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo, intesa come titolarità nel concreto di un interesse legittimo in capo al ricorrente, rispetto alla legittimazione ad agire nel processo civile, intesa come mera affermazione astratta di un diritto soggettivo da parte del suo titolare³³⁰.

2.2. Verso una nozione “processuale” di legittimazione a ricorrere.

Come nel processo civile, anche per il processo amministrativo la legittimazione a ricorrere dovrebbe consistere nella mera affermazione della titolarità dell'interesse legittimo di cui si chiede tutela, anziché nella sua concreta esistenza già ai fini della condizione dell'azione processuale³³¹.

³²⁹ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit. 77.

³³⁰ In particolare, nel processo civile, ai fini dell'accesso al giudice, è sufficiente la mera affermazione di una titolarità astratta del diritto soggettivo, posto che la sussistenza del diritto coincide in sede di merito con il riconoscimento del titolo alla pretesa riparatrice. Nel processo amministrativo, invece, la sussistenza del concetto dell'interesse legittimo serve da condizione legittimante l'accesso, ma non è, in quanto tale, sufficiente in sede di merito, ove “ciò che davvero conta è l'affermazione dell'illegittimità del provvedimento. Cfr. G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 294 ss.; F.G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo: stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 39 ss.; A. Gleijeses, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, 12 ss.; A. Romano, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 524 ss.; M.S. Giannini – A. Piras, voce “*Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*”, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss.; F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, fasc. 3, 848 ss.; A. De Roberto, *La giustizia amministrativa in Italia dalla unificazione ai nostri giorni*, in *AA.VV., L'unificazione istituzionale e amministrativa dell'Italia*, Atti del Convegno del 150° dell'Unità d'Italia, Bologna, 2010, 147 ss.; M. S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.; V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, Scritti in onore di M.S. Giannini, Milano, 1988, II, 362 ss.

³³¹ E.M. Barbieri, *Ricorsi reciprocamente escludenti ed ordine di esame delle questioni proposte*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 753, che si riferisce alla legittimazione a ricorrere come

Allo scopo, occorre distinguere la verifica della legittimazione, come condizione d'accesso al giudice, dal successivo accertamento dell'effettiva esistenza della situazione giuridica di cui si chiede tutela, che invece attiene al merito della controversia, secondo quanto risulta dall'art. 34 c.p.c., che, nel disciplinare il contenuto delle sentenze di merito, mette al centro la *causa petendi*, e cioè la situazione giuridica soggettiva affermata dalla parte³³².

La valutazione circa l'esistenza in concreto della titolarità dell'interesse legittimo attiene, infatti, al merito del giudizio amministrativo, mentre le condizioni dell'azione non dovrebbero affatto riguardare il merito, ma dovrebbero riferirsi alla mera affermazione astratta della titolarità di tale interesse legittimo da parte del ricorrente³³³.

Parte della dottrina, alla luce di quanto detto sopra, ha cercato di definire in chiave processuale la legittimazione a ricorrere, individuandone la natura nella titolarità del potere di azione a difesa della situazione giuridica sostanziale che il ricorrente afferma lesa dall'azione amministrativa, ponendo così l'accento sulla legittimazione come potere di azione, di natura processuale e che si traduce nella proposizione del ricorso, fondato sulla mera affermazione, da parte del ricorrente, circa la titolarità della posizione giuridica soggettiva di cui chiede tutela al giudice amministrativo³³⁴.

condizione dell'azione e non del diritto di cui si chiede tutela, come condizione del ricorso e non dell'interesse legittimo di cui si chiede tutela attraverso quel ricorso.

³³² L. Ferrara, Un errore di fondo?, in *Giorn. Dir. amm.*, 2014, 924 ss.; cfr. lo stesso A. in *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al *facere**, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 626; Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 178 ss.; Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1211; Tomei G., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Dir.*, cit., 12 ss.; Carnelutti F., *Diritto e processo*, cit., 103 ss.; S. Satta, *Variazioni sulla legittimazione ad *causam**, cit., 640; L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al *facere**, cit., 602 ss.; Trimarchi Banfi F., *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, cit., 909 ss.

³³³ N. Paolantonio, Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda), in *Dir. amm.*, 2015, 20, il quale si nega la nozione di legittimazione sostanziale, intesa come effettiva titolarità concreta dell'interesse legittimo, ma sul diverso presupposto della negazione anche dell'interesse legittimo come posizione giuridica sostanziale, che l'A. definisce invece come aspettativa di diritto, di fronte alla quale sussisterebbe un potere di agire in giudizio.

³³⁴ Cfr. A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I, *Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, vol. II, *L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della*

Legittimati al ricorso dinnanzi al giudice amministrativo saranno, dunque, tutti coloro che si trovano in una posizione particolare che conferisce loro il potere di azione per la tutela di un interesse riconosciuto in astratto come meritevole di protezione dall'ordinamento³³⁵.

La legittimazione a ricorrere attiene, dunque, al solo piano processuale dell'accesso davanti al giudice amministrativo, mentre la situazione giuridica di cui si chiede tutela costituisce oggetto del successivo sindacato di merito sulla fondatezza della pretesa fatta valere in giudizio³³⁶. Mentre la giurisprudenza insiste sulla ricostruzione della legittimazione in chiave sostanziale che abilita un determinato soggetto all'esercizio dell'azione³³⁷.

Come "pretesa di tutela" la legittimazione a ricorrere trova fondamento nell'art. 24 della Costituzione, la cui *ratio* è proprio quella di dare risposta all'esigenza di assicurare una pari dignità di tutela alle situazioni giuridiche di diritto soggettivo davanti al giudice civile e di interesse legittimo davanti al giudice amministrativo³³⁸.

Tale norma, anche se espressamente si riferiva solo alle due suddette situazioni soggettive, che in quel contesto storico erano le uniche

sentenza, Milano, 1962, 29 ss., dove è chiaramente rappresentata l'esigenza di autonomia della legittimazione a ricorrere, come condizione dell'azione a carattere strettamente processuale, rispetto al diritto sostanziale.

³³⁵ Secondo A. Piras, Interesse legittimo e giudizio amministrativo, vol. I, cit., il potere di azione va ritenuto operante solo sul piano strettamente processuale ed è ritenuto correlato alla tutela di determinati interessi propri del soggetto che esercita il potere stesso.

L'elaborazione della nozione di posizione legittimante si deve soprattutto a P. Virga, Diritto amministrativo, Atti e ricorsi, vol. 2, Milano, 1987, 178 ss.

³³⁶ G. Greco, Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino, cit. 607; L. Ferrara, Domanda giudiziale e potere amministrativo, cit., 626 ss.;

³³⁷ L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è pressoché costante, ove, fra le condizioni dell'azione, si distinguono la legittimazione a ricorrere, avente ad oggetto la titolarità effettiva, attuale e personale, in capo al ricorrente, della situazione di interesse legittimo (o di diritto soggettivo, nei casi di giurisdizione esclusiva); l'interesse al ricorso e la *legittimatio ad processum*, identificata come concreta capacità del soggetto ricorrente di disporre della posizione soggettiva e, quindi, di proporre la domanda. Si veda, ad es., Cons. St., sez. V, 2 aprile 2014, n. 1572, in Giur. it., 2014, 2006, con nota adesiva di E. Boscolo, Le condizioni dell'azione e l'abuso nel processo amministrativo.

³³⁸ M. Nigro, Giustizia Amministrativa, cit., 82 ss.; A.M. Sandulli, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sotto ordinati, Napoli, 1963, 39 ss.; G. Rescigno, La tutela dei diritti e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana, in Dir. Pubbl., 2006, 111 ss.

conosciute, in realtà deve essere oggi interpretata nel senso di estendere la sua portata garantista e tutoria a qualsiasi interesse previsto e tutelato dall'ordinamento, per il quale sia riconosciuto a determinati soggetti il potere di agire in giudizio per la tutela di quello stesso interesse, sia esso un diritto, un interesse legittimo, un interesse collettivo, diffuso o un mero interesse di fatto³³⁹.

Tale interesse deve essere semplicemente affermato in astratto dal ricorrente ai fini dell'accesso al giudice amministrativo, mentre la sua effettiva esistenza, e la conseguente tutela, saranno oggetto di successiva valutazione nel merito del giudizio³⁴⁰.

A tale interesse, affermato dal ricorrente come esistente e per il quale chiede tutela, devono poi essere ricondotti i caratteri della qualificazione e della differenziazione necessari ai fini della tutelabilità della stessa in sede giurisdizionale³⁴¹.

Per soddisfare il primo criterio, è sufficiente che tale interesse sia riconosciuto come meritevole di tutela dall'ordinamento nel suo complesso e, cioè, non solo con riferimento alla norma attributiva del potere amministrativo che ha leso quell'interesse o alle altre norme giuridiche che

³³⁹ Cfr. L.P. Comoglio, Commento all'art. 24 Cost., in G. Branca (a cura di), Commentario alla Costituzione, Articoli 24-26, Bologna-Rimini, 1981, 4 ss.; G.U. Rescigno, La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, secondo la Costituzione italiana, in Dir. pubbl., 2006, 110 ss.; C. Mortati, Relazione all'Assemblea Costituente, 95 ss.

Cfr. anche F. Criscuolo, Art. 24, in P. Perlingieri, Commento alla Costituzione italiana, II ed., Napoli, 2001, 130 ss., il quale spiega come l'art. 24 abbia la finalità di garantire qualsiasi posizione di vantaggio, individuale e collettiva, da chiunque azionabile in giudizio.

Secondo A. Police, Art. 24, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Commentario alla Costituzione, Torino, 2006, 501 ss., La volontà costituzionale è quella di rimettere "al libero gioco dell'interpretazione giurisprudenziale l'individuazione degli interesse protetti, cosicché sarebbe illogico non considerare azionabili *ab origine*, e perciò escludere dalla portata della garanzia, proprio le nuove posizioni di vantaggio, collettive ed individuali, scaturenti dalla medesima disposizione costituzionale come nel caso degli interessi collettivi e diffusi".

³⁴⁰ A. Piras, Interesse legittimo e giudizio amministrativo, vol. I, cit., 50 ss.

³⁴¹ Cfr. G. Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo, cit., 171 ss.

allo stesso si ricollegano, ma anche alle diverse elaborazioni giurisprudenziali³⁴².

Con riferimento invece alla differenziazione, si osserva, da parte di attenta dottrina, come la stessa si presti ad un'applicazione bifasica, rilevando sia sul piano processuale che su quello sostanziale. Riguardo infatti alla differenziazione processuale, si può osservare che il fatto stesso di trovarsi il ricorrente in una posizione che lo legittimi ad agire in giudizio, per la tutela di un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico in generale, rappresenta già una prima forma di differenziazione, sia pure astratta. Il soggetto è differenziato rispetto alla collettività in ragione della rilevanza della sua posizione, che funge da elemento di distinzione ai fini dell'accesso in giudizio³⁴³.

Ad esempio, il trovarsi i terzi in una situazione di *vicinitas* territoriale rispetto ad un'attività privata oggetto di autorizzazione costituisce già una prima forma di differenziazione che connota i terzi rispetto al *quisque de populo* e che attribuisce loro la titolarità del potere di agire in giudizio³⁴⁴.

Nella sua dimensione sostanziale, invece, la differenziazione si riferisce direttamente alla situazione giuridica per la quale il ricorrente chiede tutela. L'interesse sostanziale, in astratto giuridicamente qualificato, attraverso la differenziazione si ricollega alla fattispecie concreta e alla realtà del singolo soggetto che ne afferma la titolarità³⁴⁵.

³⁴² A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 65 ss.; A. Sandulli, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1366 ss.

³⁴³ S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, 2017, 198 ss.

³⁴⁴ F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 164 ss.; cfr. anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 332 ss., il quale, con riferimento alla distinzione tra qualificazione e differenziazione, spiega come i due termini vengano a coincidere, nel senso che "l'interesse è qualificato perché è preso in considerazione da una norma che lo protegge e, in quanto tale, risulta differenziato rispetto alla pluralità degli altri interessi che fanno capo alla generalità dei consociati".

³⁴⁵ S. Bucello, *L'accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 142 ss.; cfr. anche C. Cudia, *L'efficacia "dimensionale" dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 716 ss., la quale osserva che, mentre la qualificazione "deriva dal giudizio normativo sull'interesse, cioè dalla protezione complessivamente accordata all'interesse in esame dalla disciplina normativa", la differenziazione consiste nella "considerazione" di tutti gli elementi che rendono possibile collegare l'interesse in questione alla realtà del singolo soggetto" e, come

Specificamente, la differenziazione sostanziale consiste in un criterio non già astratto, ma molto più concreto che guarda alla lesione del suddetto interesse, risolvendosi in una verifica fattuale circa l'esistenza del pregiudizio che distingue il ricorrente, come soggetto direttamente toccato dall'atto impugnato e lo distingue rispetto alla collettività³⁴⁶.

Come attenta dottrina mette in evidenza, infatti, la lesione dell'interesse sostanziale, che spesso viene ricondotto alla sfera dell'interesse a ricorrere, in realtà è un elemento caratterizzante la legittimazione, in quanto afferente proprio all'interesse che il ricorrente afferma di voler tutelare in giudizio³⁴⁷.

Di diversa natura risulta, invece, l'interesse a ricorrere, che consiste nell'utilità che può derivare alla sfera patrimoniale o morale del ricorrente dalla sentenza finale. Si tratta quindi di un'utilità che non necessariamente consiste nella effettiva riparazione della lesione dell'interesse, bensì in una generica posizione di vantaggio che il ricorrente può trarre dall'eventuale accoglimento del ricorso (si pensi, ad es., all'interesse strumentale al rifacimento di una procedura concorsuale)³⁴⁸.

tale, in essa "la dimensione concreta della fattispecie resta imprescindibile per mostrare che realmente rilevi come portatore (differenziato) di un interesse già qualificato".

³⁴⁶ Si può osservare come il Consiglio di Stato richiami spesso la giurisprudenza europea in tema di legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 263 TFUE (ex art. 230 TCE), che dispone che "Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente. Sulla rilevanza di un rapporto diretto tra atto impugnato e lesione lamentata dal ricorrente nella giustizia comunitaria v. G. Bertezolo, *L'essere direttamente e individualmente riguardato quale requisito di legittimità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado*, in Riv. it. Dir. pubbl. com., 2004, 386 ss.

Cfr. anche il commento di M. Macchia, *La legittimazione delle imprese concorrenti ad impugnare i provvedimenti antitrust*, in Giorn. dir. amm., 33

³⁴⁷ Sulla lesione come elemento caratterizzante la legittimazione a ricorrere v. A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, *l'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, cit. 34.

Cfr. anche recentemente F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, Dir. proc. amm., 2017, 785 ss.

³⁴⁸ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 195 ss.

2.3 La legittimazione a ricorrere dei terzi.

Finora è stato evidenziato come, a differenza di quanto accade nelle controversie tra privati nel processo civile, il giudizio amministrativo sia talvolta un giudizio azionato da soggetti terzi, cioè da soggetti che non sono direttamente parte del rapporto giuridico sotteso al provvedimento amministrativo impugnato.

Se la definizione sostanziale del concetto giuridico di terzi appare chiara nel diritto amministrativo, più problematica si rivela, invece, la questione dell'eventuale accesso in giudizio dei terzi medesimi, quali ricorrenti principali che possano autonomamente impugnare l'atto amministrativo esplicante effetti indiretti nella propria sfera giuridica³⁴⁹.

La possibilità in capo ai terzi di ricorrere autonomamente in giudizio viene a scontrarsi con la logica bipolare del processo amministrativo come giudizio sull'atto, che produce effetti nella sfera giuridica dei privati che ne sono destinatari³⁵⁰.

Sotto il profilo dell'accesso in giudizio dei terzi, si prospetta, in particolare, la problematica relativa all'individuazione delle condizioni dell'azione processuale, e, cioè la legittimazione e l'interesse a ricorrere³⁵¹.

Si è visto nelle pagine precedenti di questo lavoro come alcuni autori abbiano in passato iniziato a riconoscere la legittimazione a proporre ricorso principale in capo a soggetti diversi dai diretti destinatari del provvedimento amministrativo³⁵².

³⁴⁹ F.P. Mastropasqua, Il concetto di terzo in diritto amministrativo, in *Rivista dir. pubbl.*, 1940, 398 ss.; E. Cannada Bartoli, La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione, II ed., Milano 1964, 141 ss.

³⁵⁰ A. Romano, La situazione legittimante al processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 515 ss.

³⁵¹ F.P. Mastropasqua, Il concetto di terzo in diritto amministrativo, in *Rivista dir. pubbl.*, 1940, 400. Vedi anche M.S. Giannini, voce "atto amministrativo", in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.

³⁵² Si rammenta il fatto che la giurisprudenza ammette, già attorno alla metà del Novecento, la possibilità per i soggetti terzi di ricorrere innanzi al giudice amministrativo in conseguenza di una lesione, ad opera del provvedimento amministrativo, degli interessi giuridici propri di tali soggetti. Si pensi al proprietario frontista avverso i provvedimenti in

In ragione di un nesso di pregiudizialità-dipendenza si è, ad esempio, parlato di una legittimazione eccezionale dei terzi, ogniqualvolta questi abbiano risentito, come conseguenza di tale nesso, un pregiudizio diretto dovuto alla lesione di un suo interesse protetto giuridicamente³⁵³.

Va comunque sin da ora anticipato che la maggioranza della giurisprudenza e della dottrina ricostruiscono la legittimazione dei terzi nei termini accennati nel paragrafo precedente e, cioè, come una sorta di legittimazione “sostanziale”, consistente, cioè, nella effettiva titolarità concreta dell’interesse legittimo oppositivo che i terzi devono avere come condizione per ricorrere al giudice amministrativo³⁵⁴.

3. La qualificazione dei terzi.

Occorre precisare come l’individuazione, in capo ai terzi, del potere di ricorrere nel giudizio amministrativo richieda sempre il doppio requisito della qualificazione giuridica e della differenziazione del soggetto legittimato³⁵⁵.

Quanto alla qualificazione giuridica dei soggetti terzi, si è avuto modo già di accennare nelle pagine precedenti come la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza la individuino nel momento in cui l’interesse sia preso in considerazione da una norma³⁵⁶.

Da una parte, si richiede che l’interesse giuridicamente qualificato debba essere riconosciuto come tale soltanto dalla norma regolativa del

materia edilizia; o al farmacista che impugna l’autorizzazione altrui ad aprire una farmacia in deroga alla pianta organica; al concessionario nei riguardi dell’illegittimo rilascio di altra concessione, etc.

³⁵³ È questa la posizione espressa da A. Piras, *interesse legittimo e giudice amministrativo*, I, *Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, cit., 274

³⁵⁴ S. Buccello, *L’accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 200 ss.

³⁵⁵ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 112; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. 66 ss.; G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 173 ss.

³⁵⁶ V. *infra*, cap. III, pag. 23 ss.

potere amministrativo o dalle altre norme che comunque prendono in considerazione il potere stesso³⁵⁷; dall'altra, invece, si fa riferimento, oltre alla norma che attribuisce e disciplina il potere amministrativo, anche ad altre norme che ad essa si ricollegano, sino ad arrivare a giustificare la rilevanza giuridica dell'interesse in relazione all'ordinamento giuridico nel suo complesso³⁵⁸.

Nel caso di interessi di soggetti terzi pregiudicati da un determinato provvedimento amministrativo, si osserva come la qualificazione sia spesso effettuata dal giudice anziché dal legislatore. Si parla, al riguardo, di "qualificazione pretoria", anche se il giudice non potrebbe creare posizioni soggettive, in quanto le stesse dovrebbero, invece, essere individuate esclusivamente sulla base di criteri previsti dal legislatore stesso³⁵⁹.

In tali casi, i terzi risultano titolari di interessi di mero fatto, non contemplati da norme particolari; e tuttavia, la loro posizione finisce per essere "giuridicizzata", cioè per assumere una veste giuridica, pur in assenza di indici normativi, sulla base di un sommario giudizio di rilevanza operato dal giudice amministrativo, il quale abbia ritenuto di elevare certi interessi al rango di pretese giuridiche (con creazione di un correlativo obbligo in capo all'amministrazione)³⁶⁰.

Il problema che si presenta nei suddetti casi è rappresentato dallo scarso grado di certezza, in capo all'interprete, circa l'individuazione di criteri

³⁵⁷ Cfr. le posizioni di A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 66 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 106 ss.; A. Andreani, *Individuazione dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1973, 744, che considera qualificati gli interessi di cui l'amministrazione deve tener conto nel momento dell'esercizio del potere".

³⁵⁸ M. Macchia, *La legittimazione delle imprese concorrenti ad impugnare i provvedimenti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 33 ss.; S. Buccello, *L'accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 238 ss.

³⁵⁹ Può, ad esempio, il giudice tutelare il diritto del vicinato "alla bella vista" o "al poco traffico" e, su quella base, sottoporre a sindacato un permesso a costruire, pur in assenza di norme che tutelino quello stesso diritto? Sul punto cfr. G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 192 ss.

³⁶⁰ G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 197 ss.

certi, desumibili dalle stesse norme, che gli permettano di distinguere le posizioni giuridicamente rilevanti da quelle di mero fatto³⁶¹.

Si è più volte potuto osservare nelle pagine addietro come, pur quando la posizione dei terzi sia priva di qualificazione normativa, un orientamento consolidato in giurisprudenza ne ammetterebbe la legittimazione a ricorrere, avverso un provvedimento autorizzatorio destinato ad altri, quando tali soggetti terzi si trovino in un rapporto di vicinanza con l'attività privata assentita: in assenza di qualificazione la giurisprudenza considera spesso sufficiente la mera differenziazione basata sul criterio della *vicinitas*.

Ad esempio, la giurisprudenza maggioritaria ammette che la legittimazione a ricorrere sussista in capo ai terzi, che siano proprietari di immobili siti nella zona in cui la costruzione è permessa, e a coloro che si trovino in una situazione di stabile collegamento con la stessa, senza che sia necessario dimostrare la sussistenza di un interesse qualificato³⁶². Basterebbe, cioè, un rapporto di prossimità tra i terzi ricorrenti e l'attività autorizzata³⁶³.

4. La differenziazione dei terzi.

La posizione dei soggetti qualificati deve essere, inoltre, distinta rispetto a quella della collettività generale, e cioè deve essere differenziata.

³⁶¹ Per le stesse ragioni di certezza occorrerebbe che non sia il giudice, bensì il potere politico a selezionare, attraverso le fonti del diritto positivo, gli interessi meritevoli di tutela davanti al giudice. Cfr. sul punto A. Travi, *Lezioni*, cit., 67 ss.; lo stesso A. osserva che "in uno Stato di diritto la titolarità di una posizione soggettiva dovrebbe essere definita dall'ordinamento giuridico, e quindi dalla legge, mentre al potere giurisdizionale non può riconoscersi un ruolo creativo, con la conseguenza che anche la titolarità dell'interesse legittimo deve essere stabilita in base a criteri predeterminati e ancorati alla legge".

³⁶² *Ex multis*, v. Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7591.

³⁶³ Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2014, n. 2781, secondo cui il criterio della *vicinitas* implica la sussistenza sia della legittimazione a ricorrere che l'interesse a ricorrere, senza che sia necessario dimostrare lo specifico pregiudizio subito a causa dell'attività edificatoria autorizzata sul fondo vicino.

Secondo una parte della dottrina, la differenziazione, intesa come concetto non normativo, ma di fatto, scaturisce da una verifica volta ad individuare in concreto la lesività, nei confronti dei terzi ricorrenti, del provvedimento impugnato³⁶⁴.

Altra parte della dottrina rileva, invece, come la differenziazione non sia un'operazione tutta incentrata su elementi di fatto e come anch'essa, al pari della qualificazione, debba trovare il proprio fondamento su un criterio previsto dalla disciplina normativa. Al giudice non spetterebbe il compito di crearlo, bensì quello individuare il criterio di differenziazione posto dalla legge, desumendolo in via interpretativa ove la legge non sia esplicita a riguardo e di applicarlo al caso concreto, compiendo quella ordinaria operazione di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta. Occorre precisare che non conta la natura del criterio, quel che conta è che il criterio sia stato individuato da una norma o quantomeno desumibile dalla stessa³⁶⁵.

Nel diritto amministrativo non mancano criteri di differenziazione desumibili dalle norme, siano esse privatistiche, cioè attinenti al rapporto tra beneficiario e terzi, o pubblicistiche, riguardanti direttamente il rapporto tra l'amministrazione e gli altri soggetti, terzi compresi.

Con riferimento ai criteri di differenziazione desumibili da norma privatistiche, può osservarsi, ad esempio, la disciplina in tema di dichiarazione di inizio attività. Al riguardo, si rammenta che in passato un orientamento largamente diffuso riteneva la d.i.a. un vero e proprio provvedimento tacito, così da consentire ai terzi la possibilità di ricorrere in giudizio per ottenere l'annullamento di quel provvedimento³⁶⁶. Altri, invece,

³⁶⁴ Il pregiudizio, in particolare, è l'elemento, come si avrà occasione di specificare meglio in seguito, che permette di distinguere i terzi rispetto alla generalità degli altri soggetti su cui si esercita il potere amministrativo. Cfr. sul punto A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 69 ss.; S. Bucello, *L'accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente*, cit., 219 ss.

³⁶⁵ Cfr. per tutti G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit. 199 ss.

³⁶⁶ Cons. Stato, sez. IV, 8 marzo 2011, n. 1423; Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3742.

avevano inteso la fattispecie in esame come una forma di liberalizzazione delle attività private, con conseguente riconduzione della tutela dei terzi esclusivamente al piano privatistico, cosicché i terzi avrebbero potuto agire soltanto nei confronti del dichiarante³⁶⁷.

L'attuale disciplina³⁶⁸ ha superato entrambe le suddette posizioni, in quanto chiarisce che la s.c.i.a. non costituisce provvedimento tacito direttamente impugnabile e prevede che gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire l'azione avverso il silenzio. L'amministrazione ha poi il potere di vigilare sull'attività intrapresa dall' esercente e tale potere di controllo può essere sollecitato da eventuali soggetti terzi³⁶⁹. Si tratta di stabilire chi siano tali soggetti terzi e se gli stessi possano considerarsi differenziati rispetto al *quisque de populo* sulla base di criteri desumibili dalle norme in materia, siano esse pubblicistiche o privatistiche.

Con riferimento alle prime, può osservarsi come lo stesso art. 19 della legge n. 241 del 1990 non contenga alcun criterio di differenziazione; con riferimento alle seconde, invece, è possibile osservare come le norme civilistiche in materia di proprietà, nell'imporre ai proprietari privati il rispetto di distanze minime nell'esercizio dello *ius aedificandi*³⁷⁰, indirettamente si rivolgano anche all'amministrazione, la quale, nell'esercizio del proprio potere di vigilanza dovrà verificare il rispetto delle distanze da parte del dichiarante.

Per la dottrina v. G. Greco, La Scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?, in *Dir. proc. Amm.*, 2011, 356 ss.

³⁶⁷ B.G. Mattarella, La Scia, ovvero l'ostinazione del legislatore pigro, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328 ss.; G. Vesperini, La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso, in *Giorn. Dir. amm.*, 2007, 85 ss.; A. Police, Contributo allo studio delle dichiarazioni di inizio attività e della loro natura giuridica, in *Nuove auto*, 2008, 16 ss.; A. Travi, La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali, in *Dir. pubbl.*, 2014, 26 ss.

³⁶⁸ In particolare, v. l'art. 19, comma 6-ter, legge n. 241/1990.

³⁶⁹ Cfr. il comma 3 dello stesso art. 19 che prevede che l'amministrazione, ove accerti l'inesistenza dei requisiti per lo svolgimento dell'attività, possa adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa".

³⁷⁰ Si pensi al d.m. n. 1444/1968, che prevede limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra fabbricati, nonché ai regolamenti urbanistici ed edilizi.

Sono, pertanto, le norme privatistiche (sulle distanze minime) a individuare, in tal caso, un criterio di differenziazione cui fa implicitamente riferimento il comma 6 ter dell'art. 19, sulla base del quale è possibile affermare che i soggetti garantiti sono i proprietari limitrofi, i quali sono titolari di un interesse qualificato e differenziato al rispetto di quelle distanze³⁷¹.

Altre volte, invece, le norme pubblicistiche non prevedono alcun criterio di differenziazione dei terzi, né alcun criterio sembra si possa desumere da norme privatistiche che si ricollegano alle prime, sia pure indirettamente. Si consideri, ad esempio, il caso, già più volte precedentemente esaminato, di norme pubblicistiche che disciplinano il rilascio, da parte dell'amministrazione, di provvedimenti di autorizzazione all'apertura e/o gestione di impianti potenzialmente pericolosi per la salute e per la salubrità dell'ambiente circostante. Tali norme, incidendo evidentemente su un diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, quale il diritto alla salute, che spetta a chiunque, solitamente non prevedono alcun criterio di differenziazione, al fine di individuare *ex ante* i titolari di specifici interessi, accanto all'interesse pubblico, legittimati a ricorrere contro autorizzazioni illegittimamente rese³⁷²; e ciò in quanto non è sempre facile, per il legislatore, individuare precisi criteri di differenziazione su una materia, quale quella della salute umana, dove regna l'incertezza scientifica circa il pericolo effettivo per la salute stessa e per l'area geografica di sua possibile incidenza.

³⁷¹ La differenziazione dei terzi avviene, dunque, attraverso criteri certi indicati dalle norme. Soltanto il vicino che lamenta il mancato rispetto delle distanze legali ha diritto di agire in giudizio: è differenziata soltanto la posizione di quel vicino che si trova ad una certa distanza dall'opera edilizia contestata e non tutti gli altri soggetti sia pure residenti nella medesima zona. Cfr. sul punto G. Mannucci, cit. 310 ss.

³⁷² Minori incertezze scientifiche sussistono nel caso in cui il legislatore volesse disciplinare la sicurezza degli impianti sotto il profilo delle distanze dai centri abitati, corsi d'acqua, ecc. Ad es., l'art. 3, comma 1, della legge regionale veneta n. 3/2000, in materia di gestione di rifiuti, stabilisce che le discariche devono distare dagli edifici [...] 150 metri, qualora si tratti di discariche per soli rifiuti secchi [...], offrendo così in tali casi un preciso criterio di differenziazione basato sulla distanza: solo coloro che risiedono entro quella distanza minima hanno legittimazione a ricorrere per lamentare la violazione di quella distanza, posta a garanzia del loro diritto. Il resto dei consociati, in quanto residenti al di fuori della distanza minima individuata dalla legge, risultano titolari di interessi di mero fatto.

Tali difficoltà di differenziazione in capo ai terzi sono “aggirate” dalla giurisprudenza ricorrendo, ancora una volta, al criterio della *vicinitas*, ammettendo che il residente “vicino” all’impianto pericoloso possa ricorrere avverso l’autorizzazione all’apertura di tale impianto, ma a condizione che fornisca prova concreta del pregiudizio che la suddetta autorizzazione arrecherebbe alla propria salute³⁷³.

In tali casi, la differenziazione avviene sulla base del collegamento spaziale tra la sede di svolgimento della propria vita privata o lavorativa e il luogo dove è stata autorizzata l’attività potenzialmente pericolosa, assumendo che le norme pubblicistiche implicitamente proteggano dal pregiudizio solo coloro che vi sono maggiormente esposti, in quanto vivono in prossimità dell’impianto o comunque in una situazione di stabile collegamento con esso³⁷⁴.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, invece, il criterio della *vicinitas* non andrebbe applicato con così larga facilità, in quanto, specie in questo ambito così ampio quanto incerto, trattasi di un criterio approssimativo e privo di fondamento scientifico, che potrebbe produrre irragionevoli disparità di trattamento³⁷⁵.

³⁷³ Il ricorrente deve poter dimostrare, ad es., che le concrete modalità di gestione dell’impianto o che le particolari tecnologie utilizzate, non siano sufficienti a salvaguardare la salute di chi vive nelle vicinanze: così Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n.3711. In assenza di prove concrete circa il pregiudizio arrecato o che potrebbe arrecare, il ricorso andrebbe respinto per carenza di interesse a ricorrere: sul punto Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 4858.

³⁷⁴ Tar Marche, Ancona, sez. I, 6 marzo 2014, n. 291; Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 2010, n. 1134; T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, 12/01/2019, n. 41; Cons. Stato Sez. IV, 29/03/2018, n. 1977.

³⁷⁵ Sarebbe ragionevole trattare diversamente, ai fini della tutela pubblicistica, il danneggiato che vive stabilmente vicino alla fonte di pericolo e chi, invece, pur trascorrendovi del tempo solo occasionalmente, abbia comunque riportato un danno alla salute? Si considerino, inoltre, le difficoltà di quantificare certe forme di inquinamento. In particolare, sulle difficoltà di quantificare l’inquinamento atmosferico, si veda Tar Sicilia Catania, sez. II, 7 dicembre 2012, n. 2888.

Si consideri, poi, il fatto che le attività industriali possano provocare danni che possono manifestarsi anche a distanza di molto tempo rispetto al momento in cui l’amministrazione ha esercitato il potere autorizzatorio che li ha prodotti e poi spesso è anche difficile stabilire il nesso di causalità tra evento e danno. Cfr. sul punto P. Savona, Dal pericolo al rischio: l’anticipazione dell’intervento pubblico, in *Dir, amm.*, 2010, 372 ss.

5. L'espansione giurisprudenziale della legittimazione a ricorrere dei terzi. *La vicinitas*.

A parte i pochi casi dei terzi titolari di diritti (in cui è la stessa norma regolatrice del potere a qualificare direttamente gli interessi giuridicamente rilevanti che da tale potere vengono lesi), solitamente ci si trova dinnanzi alla numerosa categoria dei terzi titolari di interessi di mero fatto e spesso ci si è chiesti in passato e ci si continua tuttora a interrogare circa la possibilità per tali terzi di esperire, in qualità di ricorrenti principali, un ricorso amministrativo avverso un provvedimento avente come destinatari altri soggetti.

Si è visto poc'anzi che, quando la posizione dei terzi è priva di qualificazione normativa, la maggior parte della giurisprudenza ammette ugualmente la loro legittimazione a ricorrere, richiedendo che tali terzi si trovino in un rapporto di vicinanza con l'attività stessa: in assenza di qualificazione, la differenziazione (sulla base della *vicinitas*) è considerata sufficiente.

Il criterio della *vicinitas* è originariamente nato in materia urbanistico-edilizia per individuare la sussistenza, in capo ai terzi, della legittimazione a ricorrere avverso licenze edilizie emanate nei confronti di altri soggetti³⁷⁶.

Le prime leggi urbanistiche, infatti, sembravano consentire a chiunque la possibilità di ricorrere contro il rilascio di licenze illegittime³⁷⁷, ma la

³⁷⁶ Da un lato tale criterio è inteso come vicinanza spaziale; dall'altro, comprende le posizioni di coloro che, seppure non titolari di terreni o aree limitrofe a quelle dell'intervento, siano legati all'area stessa "da un concreto interesse" che può, ad. es., consistere nello svolgimento di una precisa attività commerciale. *Ex multis*, cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. I, 9 luglio 2015, n. 1880. Per la dottrina v. A.M. Sandulli, L'azione popolare contro le licenze edilizie, in Riv. giur. ed. 1968, II, 7ss.; G. Fragola, Le leggi urbanistiche ed edilizie, Padova, 1969, 226 ss.; C. Cudia, Gli interessi plurisoggettivi, cit., 252 ss.; F. Saitta, L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale. Da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere, in Riv. giur. edil., 2008, II, 25 ss.

³⁷⁷ Cfr. al riguardo l'art. 10 della legge n. 1150/1942 che stabiliva che chiunque poteva ricorrere contro le licenze edilizie in quanto in contrasto con le disposizioni di legge, regolamenti o con le prescrizioni di piani regolatori generali o di piani particolareggiati di esecuzione.

giurisprudenza fugò ogni dubbio circa l'esistenza, in tale contesto, di un'azione popolare, stabilendo che la legittimazione a ricorrere poteva spettare soltanto ai titolari di un interesse legittimo qualificato e differenziato rispetto all'aspettativa della generalità dei consociati³⁷⁸. E tuttavia la stessa giurisprudenza riconosceva al riguardo, proprio considerando la peculiare formulazione di quelle norme urbanistiche, una legittimazione a ricorrere particolarmente ampia, finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico al corretto uso del territorio³⁷⁹.

Successivamente, la giurisprudenza giunse a individuare una sorta di soluzione di compromesso tra tutela individuale e controllo diffuso ricorrendo al criterio del c.d. insediamento abitativo, in base al quale la legittimazione a ricorrere non sarebbe spettata a tutti i cittadini, ma solo a coloro che vantassero la titolarità di un interesse che si poneva in una situazione di stabile collegamento con la zona cui il provvedimento amministrativo si riferiva³⁸⁰.

In particolare, secondo quella giurisprudenza, la legittimazione a ricorrere spettava anche a soggetti privi di qualificazione normativa, ma a condizione che gli stessi soggetti fossero però differenziati: sarebbe stata infatti sufficiente la loro differenziazione, da effettuare in base al criterio della *vicinitas*³⁸¹.

³⁷⁸ Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1970, I, 193 ss.

³⁷⁹ Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 1994, n. 748, in Foro amm., 1994, 1740 ss. che osservava come il fine della disciplina urbanistica non fosse solo di tutelare la proprietà privata interessata dalla pianificazione, ma anche quello di garantire l'interesse pubblico urbanistico, che, come tale, ha per oggetto principale la salute dei cittadini, la sicurezza, il paesaggio, quale insieme di aspetti che caratterizzano la vita urbana. Cfr. anche G.F. Cartei, Il paesaggio, in Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale, II, Milano, 2000, 2118 ss.

³⁸⁰ F. Saitta, L'impugnazione del permesso di costruire, nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero ampliamento della legittimazione a ricorrere, in Riv. Giur. ed., 2008, II, 22 ss.

³⁸¹ Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4821; Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 351; Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2014, n. 4524.

La giurisprudenza continua ancora oggi ad applicare il criterio della *vicinitas* sulla base della considerazione che lo stesso assurga a principio generale dell'ordinamento³⁸².

Secondo parte della dottrina, tale giurisprudenza è piuttosto contraddittoria, poiché se da un lato pretende di correggere la scelta legislativa, negando l'ammissibilità di ricorsi popolari, dall'altro ammette poi l'azione individuale sulla base di un criterio di differenziazione, la *vicinitas*, non prescritto dalla legge e a prescindere dall'esistenza di posizioni qualificate³⁸³.

Il fatto che tali terzi possano essere più direttamente pregiudicati, per ragioni di prossimità fisica, da una eventuale violazione non basta a rintracciare la violazione di una posizione giuridicamente rilevante: in tali casi i terzi confinanti agirebbero solo a tutela dell'interesse pubblico, che i giudici consentono loro di azionare perché titolari di una sua frazione³⁸⁴.

Altre volte, gli stessi giudici cercano di compiere quell'operazione di qualificazione al fine di giustificare il ricorso dei terzi avverso il permesso di costruire rilasciato ad altri. Si afferma, ad esempio, che il vicino di casa agirebbe a difesa del proprio interesse a trovare parcheggio³⁸⁵ o alla qualità della vita³⁸⁶ o per preservare il diritto al panorama³⁸⁷, leso da una nuova costruzione³⁸⁸.

³⁸² Oggi tale criterio è usato oltre il suo significato territoriale-spaziale e trova pacifica applicazione anche nel diritto della concorrenza.

³⁸³ Per tutti v. G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 294.

³⁸⁴ G. Mannucci, *op. cit.*, 297.

³⁸⁵ Tar Molise, Campobasso, sez. I, 11 giugno 2014, n. 377, dove si riconosce la legittimazione a ricorrere dei terzi vicini contro un provvedimento rilasciato a un'impresa di costruzione che non prevedeva un numero minimo di parcheggi, sul presupposto che la disponibilità di sufficienti spazi di parcheggio nella zona agevolerebbe l'abbattimento dell'indice di affollamento veicolare.

³⁸⁶ Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 18 settembre 2014, n. 377

³⁸⁷ Tar Abruzzo, Pescara, 20 aprile 2010, n. 276.

³⁸⁸ Osserva G. Mannucci, *op. da ultimo cit.*, che in tali casi è il giudice che, arbitrariamente, assegnerebbe rilevanza a interessi individuali, collegandoli più o meno esplicitamente al diritto di proprietà. Tuttavia, sottolinea l'A., come tale approccio generi un'espansione abnorme della posizione di base ricollegandovi pretese che non hanno un fondamento normativo, come talvolta riconosciuto dalla stessa giurisprudenza (v. ad. Es. Tar. Abruzzo, Pescara, sez. I, 5 novembre 2009, n. 652, dove il "calo dei valori di mercato degli immobili e

Questo primo orientamento della giurisprudenza in ordine all'applicazione del criterio della *vicinitas* (che riconosce in capo ai terzi una legittimazione a ricorrere a prescindere dall'indagine circa l'effettiva esistenza di una posizione giuridica di interesse legittimo), anche se tuttora resiste in qualche recente sentenza³⁸⁹, tuttavia è stato soppiantato dal riferimento all'elemento del pregiudizio, che è giunto a connotare i nuovi contenuti del criterio in esame.

Recentemente, infatti, si è formato un nuovo orientamento giurisprudenziale che ritiene non più sufficiente, ai fini della legittimazione a ricorrere dei terzi, il solo elemento territoriale della *vicinitas*, richiedendo, altresì, a carico dei terzi ricorrenti, l'ulteriore elemento della prova del pregiudizio sofferto³⁹⁰. Tutto ciò per evitare che, di fronte a provvedimenti potenzialmente idonei a produrre effetti pregiudizievoli nei confronti di una ampia area territoriale, una legittimazione molto allargata possa sconfinare nell'*actio popularis*³⁹¹.

I terzi ricorrenti, secondo tale recente e ormai dominante orientamento giurisprudenziale, ai fini della legittimazione, dovranno provare di aver subito un preciso pregiudizio alla propria sfera giuridica, come conseguenza del provvedimento impugnato, riferito ad esempio al concreto

l'aggravio del traffico stradale" sono considerati "interessi privi di consistenza giuridica". La rilevata tendenza giudiziale alla moltiplicazione dei diritti al fine di rendere effettiva la tutela della legalità comporta come risultato l'emersione di diritti incerti nel contenuto frutto di scelte di valore che i giudici non sono legittimati a compiere, poiché riservate al legislatore. In tutti tali casi i terzi resterebbero il "chiunque", anche se più intensamente toccati, sul piano fattuale, dall'azione amministrativa.

³⁸⁹ La giurisprudenza recente, che intende la *vicinitas* ancora come condizione sufficiente per la legittimazione a ricorrere, il riferimento al pregiudizio viene implicitamente richiesto, nel senso di ritenerlo *in re ipsa*, "in quanto consegue necessariamente dalla maggiore tropizzazione (traffico, rumore), dalla minore qualità panoramica, ambientale, paesaggistica e dalla possibile diminuzione del valore dell'immobile". Così Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4764, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹⁰ F. Trimarchi Banfi, L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della *vicinitas*, cit. 795 ss.

³⁹¹ Si pensi ai casi esaminati nei capitoli precedenti relativi all'impugnazione di strumenti urbanistici, di provvedimenti pregiudizievoli per l'ambiente o di provvedimenti di approvazione di progetti di opere pubbliche.

deprezzamento del valore del bene o all'effettiva compromissione del diritto alla salute, nel caso di controversie inerenti la materia ambientale³⁹².

In particolare, con riferimento quest'ultimo tipo di controversie, e sempre al fine di evitare il rischio che l'azione legittimata dalla vicinitas si trasformi in un'azione popolare, la giurisprudenza richiede indispensabile, ai fini della legittimazione a ricorrere dei terzi e nei casi in cui il provvedimento sia suscettibile di produrre effetti pregiudizievoli nei confronti di una moltitudine di soggetti potenzialmente interessati, la prova del pregiudizio sofferto, oltre alla mera vicinanza spaziale.

Nel caso, invece, di provvedimenti suscettibili di produrre effetti pregiudizievoli nei confronti di ben individuati soggetti (come nel caso di titoli edilizi che potrebbero pregiudicare uno o pochi altri vicini confinanti) la giurisprudenza ritiene sufficiente, ai fini della legittimazione a ricorrere

³⁹² In materia ambientale cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 19 marzo 2014, n. 144, in Riv. giur. ambiente, 2014, 551, con nota di A. Maestroni, La vicinitas quale condizione per l'azione, che ha negato ad un gruppo di cittadini la legittimazione a ricorrere avverso gli atti autorizzativi l'ampliamento di una discarica legittimamente operante in un comune limitrofo per mancanza di una prova effettiva circa il pregiudizio personale e diretto derivante da tali atti. Tale giurisprudenza ritiene insufficiente la mera vicinanza alla discarica dei soggetti terzi, richiedendo altresì la prova del danno che da questa essi ricevono nella propria sfera giuridica o per il fatto che la localizzazione dell'impianto riduce il valore economico del fondo vicino, o perché le prescrizioni dell'amministrazione in ordine alle modalità di gestione dell'impianto sono inadeguate a salvaguardare la salute di coloro che vivono nelle vicinanze, o, infine, per il significativo incremento del traffico veicolare, potenzialmente idoneo a incidere in senso pregiudizievole sui terreni limitrofi *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2013, n. 2108; Id., sez. V, 27 aprile 2012, n. 2460 entrambe in [www. Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it).

Va peraltro precisato come, in materia ambientale, la giurisprudenza declini il criterio della vicinitas diversamente nelle controversie aventi ad oggetto l'autorizzazione a realizzare impianti potenzialmente inquinanti (e quindi pericolosi per l'ambiente e per la salute della popolazione) quando ad impugnarli sia uno dei Comuni insistenti nell'area interessata dall'impianto. In tal caso, la legittimazione viene riconosciuta a prescindere dalla prova della concreta pericolosità, reputandosi sufficiente la prospettazione delle temute ripercussioni sul territorio nelle immediate vicinanze dell'impianto. Cfr. Cons. St., sez. V, 16 marzo 2016, n. 1058, in www. Giustizia-amministrativa.it, che riconosce la legittimazione del Comune a impugnare i provvedimenti autorizzatori di una cava per il possibile pregiudizio derivante dall'aumento del traffico veicolare pesante sul proprio territorio.

in capo i terzi, la sola vicinanza spaziale, nella quali si ritiene già ricompreso anche l'elemento della lesione subita³⁹³.

Può comunque osservarsi che, in linea generale, la giurisprudenza recente ritiene non più sufficiente legittimare i terzi ricorrenti in presenza della mera *vicinitas*, poiché quest'ultima deve essere anche accompagnata dalla prova di un pregiudizio arrecato alla sfera giuridica degli stessi e non deve trattarsi di un generico pregiudizio (per esempio all'ambiente circostante), ma deve consistere nella "specificazione del come e del perché quel provvedimento impugnato possa cagionare una lesione concreta e attuale alla posizione sostanziale del terzo ricorrente³⁹⁴.

Dagli ultimi orientamenti della recente giurisprudenza poc'anzi esposti, il concetto di legittimazione a ricorrere sembrerebbe più avvicinarsi all'interesse a ricorrere, come condizione dell'azione. Infatti, nel momento in cui la giurisprudenza pone come condizione per poter presentare ricorso al giudice amministrativo la prova del danno che l'atto impugnato deve arrecare alla sfera giuridica dei soggetti terzi, sembra proprio volersi riferire esclusivamente all'interesse a ricorrere, che ormai sembrerebbe assorbire, almeno in parte, il concetto della legittimazione a ricorrere in capo ai terzi³⁹⁵.

³⁹³ Cfr. F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, cit., 804 ss.; cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 22 febbraio 2016, n. 720, in www.giustizia-amministrativa.it, che precisa come lo stabile collegamento dell'immobile di proprietà del soggetto terzo con la zona interessata dalla concessione edilizia impugnata non richiede necessariamente l'adiacenza tra gli immobili, essendo sufficiente la mera prossimità e senza la necessità di dimostrare la sussistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2861, sempre in www.giustizia-amministrativa.it, che ritiene *in re ipsa* il danno anche in caso di realizzazione di impianti potenzialmente inquinanti per la tecnologia utilizzata (nella fattispecie, un impianto di termovalorizzazione di rifiuti).

In altri casi, invece, la giurisprudenza ha comunque ritenuto insufficiente la mera *vicinitas*, richiedendo la prova del pregiudizio anche nel caso di ricorso avverso il titolo edilizio da parte del proprietario confinante (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2016, n. 383).

³⁹⁴ Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278.

Per la dottrina vedi F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, op. cit., 781 ss.

³⁹⁵ Cfr. F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, cit., 774. Secondo l'A., in particolare, la distinzione tra legittimazione e interesse a ricorrere si rivela incerto nel momento in cui quest'ultimo viene identificato nell'interesse a rimuovere il danno che il provvedimento impugnato arreca alla sfera giuridica del ricorrente.

6. Differenziazione dei terzi e partecipazione al procedimento.

Sempre con riferimento alla differenziazione, occorre chiedersi se la partecipazione dei terzi al procedimento amministrativo possa valere quale criterio di differenziazione.

Ci si riferisce qui alla partecipazione al procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 9 della legge n. 241 del 1990 che, come noto, dà la possibilità di entrare a far parte del procedimento anche ai soggetti terzi titolari di interessi di mero fatto, nonché ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati. Ci si chiede, in particolare, se tali soggetti terzi, nel momento in cui partecipano al procedimento amministrativo, facendo valere l'interesse di cui hanno assunto la titolarità e di cui lamentano un pregiudizio, possano per ciò stesso ritenersi anche legittimati a ricorrere in sede giurisdizionale per la tutela del medesimo interesse eventualmente leso dal provvedimento finale.

La questione non è nuova, essendo stata dibattuta in dottrina e anche in giurisprudenza, ove ha dato luogo, soprattutto in passato, all'emergere di opposti orientamenti.

In particolare, una parte della dottrina negava la rilevanza della partecipazione procedimentale ai fini della legittimazione a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo³⁹⁶; al contrario, dalla parte opposta si collocano coloro che ammettevano un'influenza della prima sulla seconda, nel senso che chi interviene nel procedimento acquisterebbe per ciò solo la legittimazione processuale, sicché le parti del procedimento diventano automaticamente "idonee parti" del processo³⁹⁷.

³⁹⁶ Fra i sostenitori della prima tesi si vedano, soprattutto, R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, cit. 78 ss.; L. Maruotti, *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati all'impugnazione*, in *Dir. proc. Amm.*, 1992, 222 ss.; M.C. Romano, *Intervento nel procedimento*, cit., 370 ss.; Ramajoli, *L'intervento nel procedimento*, cit. 607 ss.

³⁹⁷ Occorre osservare come il tema del rapporto fra procedimento amministrativo e processo sia stato originariamente affrontato già da M. Nigro, *Procedimento*

Anche nella dottrina più recente la tesi della continuità tra procedimento e processo è stata oggetto di un ampio dibattito: secondo l'opinione attualmente dominante non sussisterebbe una diretta corrispondenza tra legittimazione a partecipare al procedimento e legittimazione a ricorrere nel giudizio amministrativo³⁹⁸.

Con particolare riferimento ai terzi, è stato più volte chiarito nelle pagine precedenti che i terzi che intervengono ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, sono titolari di interessi qualificati e differenziati³⁹⁹, mentre coloro che intervengono volontariamente, ai sensi dell'art. 9 della stessa legge, possono anche essere titolari di interessi di mero fatto, che potrebbero essere pregiudicati dal provvedimento⁴⁰⁰. Quest'ultimo articolo è

amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in Riv. Dir. proc. , 1980, 255 ss., il quale ricostruiva i rapporti tra procedimento e processo in termini di complementarità e integrazione; P. Duret, Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale, Torino, 1996, 210 ss., il quale, peraltro, ravvisa un certo legame fra legittimazione processuale e procedimentale, nella misura in cui quest'ultima sia attiva, pertinente con l'oggetto del procedimento ed effettiva, in quanto capace di influenzare gli esiti del provvedimento finale e di far emergere l'interesse giuridicamente rilevante tutelabile anche in sede giurisdizionale mediante l'impugnazione del provvedimento; S. Cognetti, Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000, 44 ss., il quale rileva come proprio dalla partecipazione al procedimento derivi proprio la natura di interesse sostanziale di cui è titolare il soggetto partecipante, che viene così legittimato a ricorrere contro il provvedimento finale eventualmente lesivo di tale interesse; C. Cudia, Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo, cit. 233 ss.

³⁹⁸ M.C. Romano, Intervento nel procedimento, cit. 370 ss.; S. Rodriguez, Accesso agli atti, partecipazione e giustizia: i tre volti della Convenzione di Aarhus nell'ordinamento italiano, cit., 97 ss.; F. Cortese, La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale, cit., 496 ss.

In particolare, v. R. Villata, Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento, cit., 180 ss., laddove spiega che chi interviene nel procedimento senza essere titolare di particolari relazioni con il bene, da quella partecipazione non vede mutata la sua relazione con quel bene e quindi non può ricavare una legittimazione processuale per contestare le scelte dell'amministrazione in ordine alla disciplina finale del bene stesso. In senso analogo, V. Cerulli Irelli, Lineamenti di diritto amministrativo, cit., 330 ss., per il quale non è garantita la corrispondenza tra l'interesse ammesso dalla partecipazione procedimentale e l'interesse che legittima all'impugnazione del provvedimento, una volta definito il procedimento".

³⁹⁹ M. Occhiena, Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo, Milano, 2002, 390 ss.

⁴⁰⁰ G.D. Falcon, Lezioni di diritto amministrativo, cit., 85 ss.; G. Pericu, I procedimenti di massa, in F. Trimarchi (a cura di), Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del convegno Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, 100 ss.

considerato come una norma residuale, che comprende interessi eterogenei, accomunati dal solo fatto di poter subire un pregiudizio dal provvedimento finale. Se si accede a questa prospettiva, nel senso che anche gli interessi semplici di soggetti terzi possono entrare nel procedimento, allora si pone il problema se la partecipazione procedimentale possa “giuridicizzare” gli interessi di fatto ai fini della legittimazione processuale. Al riguardo, parte della dottrina sottolinea come la scelta di giuridicizzare un interesse semplice non possa essere affidata al suo titolare. La partecipazione può contribuire ad accrescere la visibilità di un determinato interesse, ma non pare sufficiente a individualizzarlo e a renderlo, quindi, azionabile. Si può, infatti, essere legittimati a partecipare, ma non anche a impugnare il provvedimento finale, proprio perché titolari di interessi semplici pregiudicati dal provvedimento, ma non sufficienti ad attivare una tutela giurisdizionale. Si pensi, ad esempio, alla posizione dei terzi di fronte a un’autorizzazione edilizia: questi possono intervenire, facendo valere il loro interesse (di fatto) alla bella vista, magari pregiudicato dalla nuova costruzione, ma non potrebbero impugnare il provvedimento finale, né considerarsi controinteressati in un processo proposto da altri, appunto perché privi di una posizione giuridicamente rilevante. Semmai i terzi interventori potrebbero impugnare quel provvedimento per violazione delle regole sulla partecipazione (per aver, ad. es., l’amministrazione omissa di dare una motivazione specifica in ordine alle osservazioni dagli stessi presentate), ma non potrebbero impugnare quello stesso provvedimento per violazione del diritto alla bella vista, che, anche in presenza di partecipazione procedimentale, resterebbe comunque un interesse di fatto⁴⁰¹.

Tutto ciò è corroborato dall’atteggiamento della stessa giurisprudenza amministrativa, la quale, anche se sporadicamente abbia riconosciuto l’attitudine della partecipazione al procedimento a generare anche

⁴⁰¹ Per tutti, cfr. G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 215. L’A. sottolinea, inoltre, come la giuridicizzazione, tramite partecipazione procedimentale, determinerebbe comunque una tensione col principio di ragionevolezza: sarebbe ragionevole trattare diversamente posizioni sostanziali identiche soltanto in virtù della partecipazione più o meno fortuita al procedimento?

legittimazione processuale⁴⁰², pare ormai aver accolto l'orientamento restrittivo, secondo cui l'intervento nel procedimento non determinerebbe *ex se* la legittimazione ad impugnare in via giurisdizionale gli atti conclusivi del procedimento⁴⁰³.

Tuttavia, questa problematica, se da una parte potrebbe ritenersi ormai risolta, dall'altra dovrebbe invece essere riaperta, anche alla luce dei nuovi approcci da parte del legislatore europeo, con riferimento in particolare al diritto ad un giudizio equo, imparziale e ad un ricorso effettivo (vedi rispettivamente gli articoli 6 e 13 della CEDU), nonché al diritto ad un'azione effettiva davanti ad un giudice competente (vedi l'art. 47 della Carta sui diritti fondamentali) e allo stretto legame, specie nella materia ambientale, tra tutela procedimentale e tutela processuale, previsto in generale dalla Convenzione di Aarhus⁴⁰⁴.

In particolare, si osserva che l'interesse che i terzi esprimono con la partecipazione sono interessi di natura sostanziale (si pensi all'interesse all'ambiente o alla salute) che possono subire un pregiudizio dall'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento e che mantengono la propria identità giuridica anche all'esito del provvedimento finale, nei cui

⁴⁰² Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760; Tar Puglia Bari, sez. III, 25 febbraio 2008, n. 324 e, da ultimo, anche Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 11 marzo 2016, n. 77.

⁴⁰³ Di recente, in tal senso, Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2018, n. 394, che, in conformità ai precedenti, afferma che: *“La legittimazione a ricorrere non discende automaticamente dalla partecipazione procedimentale, poiché quest'ultima può trovare piena giustificazione in una finalità collaborativa, che non presuppone necessariamente la titolarità di una posizione giuridica qualificata e differenziata, che è invece requisito necessario per riconoscere a chi agisce la legittimazione processuale”*; analogamente, Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3824; Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3234.

⁴⁰⁴ La stessa Corte di Giustizia UE richiama la Convenzione di Aarhus e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE al fine di riconoscere una diretta corrispondenza tra la qualità di parte di un procedimento amministrativo e la successiva possibilità di proporre ricorso giurisdizionale: cfr. Corte Giust. UE, Grande Sez., 8 novembre 2016, , causa C-243/15, *LesoochranàskezozkupenieVlk c. ObvodnyùradTrencin*; per la dottrina v. G. Bevilacqua, *Partecipazione ai processi decisionali e accesso alla giustizia delle associazioni ambientali a tutela degli habitat naturali di importanza europea*, in *Dir. umani e dir. int.* , 2017, 498 ss.; M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 271. L'A. precisa che, a partire dal Trattato di Lisbona, la partecipazione diviene gradualmente una regola procedurale di svolgimento dell'azione amministrativa, anche a livello dell'Unione, , con la conseguenza di qualificare in termini differenti il rapporto tra cittadino europeo e istituzioni comunitarie, fornendo effettiva tutela alle situazioni individuali pregiudicate dallo svolgimento della funzione amministrativa.

confronti i medesimi interessi si “qualificano” e possono trovare tutela dinnanzi al giudice amministrativo⁴⁰⁵.

Inoltre, una partecipazione dei terzi al procedimento amministrativo, che sia attiva e influente, si riflette inevitabilmente sulla struttura e sulla legittimità del provvedimento, determinandone anche l’eventuale impugnabilità in sede giurisdizionale. Pertanto, sarà la qualità della partecipazione (attiva, influente, pertinente con l’oggetto del procedimento ed effettiva in quanto capace di influenzare gli esiti del provvedimento finale) ad attribuire ai terzi qualità di ricorrenti (in quanto legittimati a ricorrere)⁴⁰⁶.

Ben si potrebbe allora sostenere che dalla partecipazione “effettiva e pertinente” al procedimento può scaturire, in capo ai terzi che intervengono ai sensi dell’art. 9 della legge n. 241 del 1990, una posizione legittimante al ricorso davanti al giudice amministrativo e la cui funzione tutoria si esprime proprio nella protezione del medesimo interesse di natura sostanziale, portato all’interno del procedimento dai terzi intervenienti, e la cui esistenza, ai fini della legittimazione processuale, si radica nella sussistenza di un’eventuale e pretesa lesione da parte del provvedimento conclusivo del procedimento⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ P. Duret, Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale, cit., 225, il quale pone l’accento sul pregiudizio come elemento che lega la partecipazione procedimentale e l’accesso alle vie giurisdizionali dei soggetti che intervengono nel procedimento, ai sensi dell’art. 9 della legge n. 241/1990. Lo stesso A. sottolinea come la qualificazione giuridica dell’interesse sostanziale ai fini della sua azionabilità in giudizio debba effettuarsi non solo sulla base delle norme che espressamente attribuiscono il potere, ma [...] anche in considerazione della tutela complessiva che l’ordinamento attribuisca a quell’interesse.

⁴⁰⁶ Cfr. P. Duret, Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale, op. cit., 210 ss., il quale ritiene che la posizione dei soggetti che intervengono ai sensi dell’art. 9 della legge n. 241/1990 diviene qualificata non a seguito della mera partecipazione procedimentale, ma solo come conseguenza di una partecipazione effettiva, che sia il frutto dell’esercizio delle facoltà d’intervento al procedimento attraverso le modalità specificate dai successivi artt. 10 e 11.

⁴⁰⁷ Proprio la pretesa lesione che dal provvedimento finale può derivare all’interesse sostanziale, già emerso in sede procedimentale con l’intervento ex art. 9 della legge n. 241 del 1990 costituisce quell’ulteriore elemento che connota nel concreto l’accesso degli stessi soggetti nel processo, differenziandone in parte i presupposti rispetto all’accesso procedimentale. Cfr. Sul punto F. Cortese, La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale, 2010, 500 ss. Vedi anche S. Cognetti, Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione

L'affermazione della titolarità dell'interesse, da parte dei terzi ricorrenti, e della sussistenza di una pretesa lesione di detto interesse sono comunque elementi sempre valutabili dal giudice, il quale, nello scrutinio della sussistenza delle condizioni dell'azione, non può certamente essere vincolato alla previa valutazione operata dalla pubblica amministrazione ai fini della partecipazione in sede procedimentale⁴⁰⁸.

Sulla questione se la differenziazione di un interesse individuale possa farsi dipendere dalla partecipazione procedimentale, come appare evidente, continuano a registrarsi opinioni differenti.

Resta da verificare se la stessa questione sia meno controversa, almeno con riferimento ai procedimenti in materia ambientale, nei quali la posizione di base è già qualificata e i diritti procedimentali godono di una tutela particolarmente ampia⁴⁰⁹.

L'esigenza di apertura ai privati dei procedimenti ambientali trova conferma in disposizioni che consentono il loro intervento già nella fase di elaborazione di un provvedimento e obbligano l'amministrazione a tenere

processuale, cit. 60 ss., il quale spiega come *“la pertinenza dell'interesse[...] non è solo attinenza, ma anche rilevanza dell'interesse stesso riferita al cd. oggetto del procedimento”*. Cfr. anche P. Duret, Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale, op. cit., 233 ss., il quale puntualizza la pertinenza della partecipazione in relazione alle previsioni di cui all'art. 10 della legge generale sul procedimento, che circoscrive l'obbligo per l'amministrazione di valutare memorie scritte e documenti presentati dai soggetti che partecipano al procedimento nell'ipotesi in cui gli stessi siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

⁴⁰⁸ Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1683. Per la dottrina v. C. Cudia, Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo, cit. 230 ss.

⁴⁰⁹ La disciplina procedimentale in materia ambientale, infatti, si caratterizza per un elevato grado di coinvolgimento dei privati. Oggi il principale documento internazionale in materia di partecipazione dei privati ai procedimenti ambientali è la Convenzione di Aarhus, firmata il 25 giugno in Danimarca e ratificata dall'Italia con legge 16 marzo 2001, n. 108. Per un approfondimento cfr. E. Pelosi, A. Versolato, La partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale, in Riv. Giur. amb., 2007, 1000 ss.; S. Stes, S. Casey-Lefkowitz, J. Jendroska, The Aarhus Convention: an implementation guide, New York-Geneve, United Nations, 2000; M. Cocconi, La partecipazione all'attività amministrativa generale, Padova, 2010, 92 ss.; M.C. Romano, L'intervento nel procedimento. La legittimazione procedimentale dei portatori di interessi diffusi, Torino, 2016; G. Scialoja, Pianificazione amministrazione e partecipazione, I, I procedimenti, Milano, 1984; S. Fantini, La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative, in B. Cavallo (a cura di), Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza, Torino, 2001, 85;

in considerazione le osservazioni presentate e a motivare le ragioni per le quali abbia inteso discostarsene.

Si avrà occasione di analizzare le disposizioni del Codice dell'ambiente, che prevedono che l'amministrazione dia notizia delle proposte per l'elaborazione di piani e programmi tramite web e che i privati possano presentare le proprie osservazioni e pareri in forma scritta; l'amministrazione, non solo deve tenere adeguatamente conto di tali osservazioni, ma, al momento dell'adozione del piano, deve anche esporre le considerazioni che sono state poste a base della decisione⁴¹⁰.

Parimenti rilevante è la previsione, in materia di valutazione di impatto ambientale, anch'essa oggetto di esame nelle pagine successive, che consente all'amministrazione di disporre un'inchiesta pubblica⁴¹¹.

In tutti i casi esaminati è stato messo in evidenza come i terzi che intervengono nel procedimento lamentino il pregiudizio che l'opera assentita dall'amministrazione possa arrecare al proprio diritto alla salute. Trattasi evidentemente di una posizione qualificata, ma non differenziata (in quanto il legislatore non individua *ex ante* color che potrebbero agire per la tutela di tale diritto costituzionalmente rilevante e ciò proprio allo scopo di consentire un'ampia partecipazione dei terzi coinvolti).

Anche in tali casi i terzi che partecipano diventano titolari di un diritto procedimentale, che consiste nel pretendere che l'amministrazione tenga nella dovuta considerazione le loro osservazioni; potranno, pertanto, lamentare un difetto di istruttoria, ove l'amministrazione non abbia risposto alle loro osservazioni, ma non anche impugnare il provvedimento finale per

⁴¹⁰ Cfr. commi 1-ter, *quinquies* e *sexies* dell'art. 3-*sexies* del Codice dell'ambiente.

⁴¹¹ Cfr. l'art. 24 del Codice dell'ambiente, che, al comma 9, prevede il coinvolgimento del pubblico anche quando l'amministrazione non effettui l'inchiesta pubblica, stabilendo che il richiedente può essere chiamato ad un sintetico contraddittorio con i soggetti che hanno presentato pareri e osservazioni. Cfr., in particolare, L. Casini, L'inchiesta pubblica. Analisi comparata, in Riv. trim. dir. pubbl., 2007, 42 ss.; S. Casses, La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche, cit., 17 ss.

presunta lesione del bene salute e ciò in quanto, pur qualificato, il relativo diritto resta indifferenziato⁴¹².

Parte della dottrina ritiene, comunque, che, nel caso della materia ambientale e, in particolare, nel caso di impianti potenzialmente pericolosi, vista la rilevanza del diritto alla salute, occorrerebbe poter differenziare tale interesse; qualora, infatti, il singolo sia in grado di dimostrare (per esempio, utilizzando meccanismi di rilevazione adeguati) la sua esposizione a quella fonte di pericolo, la sua posizione dovrebbe ritenersi differenziata appunto perché intaccata dall'illegittimo esercizio del potere. In tali casi, il contatto materiale, che coincide con l'inizio dell'illegittima interferenza, segnerebbe il limite massimo di anticipazione della tutela. Entro questi limiti, si può ipotizzare l'attivazione di una tutela di tipo inibitorio. Nell'esempio avanzato, l'azionabilità della posizione dei terzi coincide con il primo contatto con la res dannosa: trattandosi di un danno *in fieri*, i terzi possono domandare al giudice amministrativo l'inibizione dell'attività illegittima. È proprio nel settore della tutela della salute e dell'ambiente, del resto, che la giurisprudenza ha tentato con maggior frequenza di legittimare in via atipica una azione inibitoria, anche laddove fosse coinvolta una pubblica amministrazione⁴¹³.

La possibilità di ipotizzare una simile tutela non è affatto estranea all'ordinamento. Si vedrà nelle pagine successive come proprio la particolare rilevanza del bene salute abbia fatto emergere, nella normativa di settore, anche internazionale, il principio di precauzione, che consentirebbe ai terzi interessati di ricorrere contro l'amministrazione che non abbia adottato le misure di prevenzione e messa in sicurezza previste dal codice dell'ambiente, al fine di gestire l'esistenza di rischi per la salute e per l'ambiente⁴¹⁴.

⁴¹² La giurisprudenza ritiene, infatti, che neanche in materia ambientale la partecipazione procedimentale implichi *ex se* la legittimazione processuale: Corte Giust., sez. II, 15 ottobre 2009, C-263/08.

Vedi anche F. Cassese, La partecipazione procedimentale, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 492 ss.

⁴¹³ Per tutti v. G. Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo, *op. cit.*, 327 ss.

⁴¹⁴ Il principio di precauzione mira a conformare l'azione del legislatore e dei pubblici poteri, per evitare il prodursi di danni che potrebbero verificarsi a scapito di beni

7. Accesso alla giustizia secondo la Convenzione di Aarhus.

Nel paragrafo precedente, si è accennato al tentativo di differenziazione dell'interesse dei terzi che intervengono nei procedimenti ambientali per la tutela del proprio diritto alla salute.

Al riguardo, si è visto come l'esigenza di apertura ai privati all'interno del processo amministrativo contro atti che incidono in materia ambientale trovi conferma in disposizioni che consentono il loro intervento già nella fase di elaborazione di un provvedimento e obbligano l'amministrazione a tenere in considerazione le osservazioni presentate e a motivare le ragioni per le quali abbia inteso discostarsene.

Un'ulteriore spinta verso una maggiore apertura, sempre in ambito ambientale, alle esigenze di tutela processuale degli interessi dei soggetti privati, si è avuta, in ambito internazionale, con la Convenzione di Aarhus.

In particolare, il terzo pilastro della Convenzione garantisce il diritto del pubblico a ricorrere dinanzi a un organo giurisdizionale o a un altro organo indipendente istituito dalla legge, nei casi in cui non sia rispettato il diritto di accesso alle informazioni; il diritto di partecipazione del pubblico alle decisioni ambientali (in questo caso però il pubblico deve vantare un "interesse sufficiente", ovvero deve dimostrare di subire o di poter subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale); il diritto ambientale nazionale.

fondamentali (la salute e l'ambiente), quando siano in gioco attività potenzialmente pericolose, ma delle quali è incerta l'effettiva portata lesiva. Sul punto, F. De Leonardi, Il principio di precauzione, in M. Renna, F. Saitta, Studi sui principi di diritto amministrativo, Milano, 2012, 416; F. Merusi, Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettromog, in Foro amm., 2001, 222 ss.; S. Cassese, La nuova disciplina sulla protezione dalle esposizioni a campi elettromagnetici, in Giorn. dir. amm., 2001, 329 ss.; G. Manfredi, Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico, in Dir. pubbl., 2004, 1101; M. Cafagno, Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune, Torino, 2007, 261; B. Marchetti, Il principio di precauzione, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2011, 148 ss.

Per accrescere l'efficacia di queste disposizioni, la Convenzione prevede che: *"ciascuna Parte provvede affinché il pubblico venga informato della possibilità di promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale e prende in considerazione l'introduzione di appositi meccanismi di assistenza diretti ad eliminare o ridurre gli ostacoli finanziari o gli altri ostacoli all'accesso alla giustizia"*⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Cfr. in particolare l'art. 9 della Convenzione in esame: *"1. Nel quadro della propria legislazione nazionale, ciascuna Parte provvede affinché chiunque ritenga che la propria richiesta di informazioni formulata ai sensi dell'articolo 4 sia stata ignorata, immotivatamente respinta in tutto o in parte, non abbia ricevuto una risposta adeguata o comunque non sia stata trattata in modo conforme alle disposizioni di tale articolo, abbia accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale o a un altro organo indipendente e imparziale istituito dalla legge. La Parte che preveda il ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale dispone affinché l'interessato abbia anche accesso a una procedura stabilita dalla legge, rapida e gratuita o poco onerosa, ai fini del riesame della propria richiesta da parte dell'autorità pubblica o da parte di un organo indipendente e imparziale di natura non giurisdizionale. Le decisioni definitive prese a norma del presente paragrafo sono vincolanti per l'autorità pubblica in possesso delle informazioni. Esse sono motivate per iscritto almeno quando l'accesso alle informazioni viene negato in forza del presente paragrafo. 2. Nel quadro della propria legislazione nazionale, ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico interessato a) che vantino un interesse sufficiente o, in alternativa, b) che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di detta Parte esiga tale presupposto, abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale e/o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge, per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni dell'articolo 6 e, nei casi previsti dal diritto nazionale e fatto salvo il paragrafo 3, ad altre pertinenti disposizioni della presente convenzione. Le nozioni di "interesse sufficiente" e di "violazione di un diritto" sono determinate secondo il diritto nazionale, coerentemente con l'obiettivo di offrire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia nell'ambito della presente convenzione. A tal fine si ritiene sufficiente, ai sensi della lettera a), l'interesse di qualsiasi organizzazione non governativa in possesso dei requisiti di cui all'articolo 2, paragrafo 5. Tali organizzazioni sono altresì considerate titolari di diritti suscettibili di violazione ai sensi della lettera b). Le disposizioni del presente paragrafo non escludono la possibilità di esperire un ricorso preliminare dinanzi ad un'autorità amministrativa, né dispensano dall'obbligo di esaurire le vie di ricorso amministrativo prima di avviare un procedimento giudiziario, qualora tale obbligo sia previsto dal diritto nazionale.*

3. In aggiunta, e ferme restando le procedure di ricorso di cui ai paragrafi 1 e 2, ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale.

4. Fatto salvo il paragrafo 1, le procedure di cui ai paragrafi 1, 2 e 3 devono offrire rimedi adeguati ed effettivi, ivi compresi, eventualmente, provvedimenti ingiuntivi, e devono essere obiettive, eque, rapide e non eccessivamente onerose. Le decisioni prese in virtù del presente articolo sono emanate o registrate per iscritto. Le decisioni degli organi giurisdizionali e, ove possibile, degli altri organi devono essere accessibili al pubblico.

5. Per accrescere l'efficacia delle disposizioni del presente articolo, ciascuna Parte provvede affinché il pubblico venga informato della possibilità di promuovere procedimenti di natura amministrativa o

In particolare, la Convenzione, all'art. 9, impone agli Stati parte di consentire l'accesso alla giustizia in tre diverse circostanze.

La prima è quella in cui si voglia tutelare il diritto di accesso alle informazioni ambientali. In tal caso, deve essere legittimato a ricorrere chiunque ritenga che la propria richiesta di informazioni sia stata ignorata, immotivatamente respinta o comunque chiunque ritenga di non aver ricevuto una risposta adeguata.

La seconda situazione è quella in cui si voglia contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni relativi ad autorizzazioni di attività con un impatto sull'ambiente aperte alla partecipazione del pubblico ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. Il ricorso deve potere essere presentato dinnanzi a un organo giurisdizionale oppure, come alternativa o rimedio aggiuntivo, a un altro organo indipendente e imparziale.

La terza situazione è quella in cui si vogliono contestare atti od omissioni di privati o pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale. In tal caso, lo Stato deve prevedere una tutela giurisdizionale o, in alternativa, di natura amministrativa, e la convenzione fa rinvio al diritto nazionale per l'eventuale definizione di criteri che possono anche individuare la legittimazione al ricorso⁴¹⁶.

L'Unione europea ha sottoscritto e poi ratificato la Convenzione di Aarhus (decisione del Consiglio 2005/370/CE). Perciò il legislatore dell'Unione europea ha, prima di tutto, provveduto ad attuarne le previsioni sui ricorsi contro gli atti delle istituzioni dell'Unione⁴¹⁷.

giurisdizionale e prende in considerazione l'introduzione di appositi meccanismi di assistenza diretti ad eliminare o ridurre gli ostacoli finanziari o gli altri ostacoli all'accesso alla giustizia".

⁴¹⁶ Cfr. l'art. 9, comma 3, sopra riportato.

⁴¹⁷ Con il Regolamento CE n. 1367/2006, infatti, si prevede all'art. 11 che le organizzazioni non governative che rispondano a taluni criteri siano legittimate a richiedere un riesame interno all'istituzione o all'organo comunitario che ha adottato l'atto amministrativo contestato o, in caso di presunta omissione amministrativa, che avrebbe dovuto adottare; tale richiesta è presupposto per un eventuale successivo ricorso alla Corte di Giustizia. Le condizioni che queste organizzazioni devono soddisfare consistono nel fatto che devono

Inoltre, alcune direttive ripropongono quasi testualmente i contenuti della Convenzione, imponendone la trasposizione negli ordinamenti interni⁴¹⁸.

La Corte di giustizia europea ha contribuito a chiarire alcuni elementi della disciplina dell'accesso alla giustizia ambientale⁴¹⁹. Un primo chiarimento consiste nell'aver riconosciuto che, nonostante nelle direttive si rimarchi che l'ambito di applicazione della disciplina è costituito da procedimenti aperti alla partecipazione del pubblico, non vi è alcun rapporto fra legittimazione ad agire e partecipazione al procedimento: gli obiettivi di chi partecipa al procedimento⁴²⁰ e di chi intende promuovere un ricorso giurisdizionale, infatti, sono differenti⁴²¹.

Nella normativa italiana il rispetto del terzo pilastro della Convenzione è assicurato dalla stessa normativa sull'accesso alle informazioni ambientali. Il d.lgs. n. 195 del 2005 prevede infatti che, contro le determinazioni dell'autorità pubblica concernenti il diritto di accesso all'informazione e nel caso di mancata risposta entro i termini previsti, il richiedente possa presentare ricorso in sede giurisdizionale o chiedere il riesame in sede

esser persone giuridiche indipendenti e senza fini di lucro, devono avere come obiettivo primario dichiarato quello della promozione della tutela dell'ambiente, devono essere costituite da più di due anni e devono perseguire attivamente l'obiettivo di tutelare l'ambiente. Infine, l'oggetto della richiesta di riesame interno deve rientrare nel loro obiettivo e nella loro attività.

⁴¹⁸ I contenuti delle direttive non valgono a specificare, rispetto alla Convenzione di Aarhus, i concetti di "interesse sufficiente" o di "violazione di un diritto": su questo punto le direttive fanno rinvio al diritto nazionale. Solo per i procedimenti giurisdizionali in materia di danno ambientale è stabilito che sono legittimate ad agire le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale.

⁴¹⁹ Cfr. M.R. Monaco, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa*, Profili ricostruttivi, Bari, 2018, 33 ss.

⁴²⁰ Si tratta del "pubblico interessato": la definizione, dopo avervi ricompreso i soggetti che possono subire gli effetti del provvedimento, rimanda di nuovo alla nozione di soggetti titolari di un interesse. In particolare, l'art. 1, co. 2, della direttiva 2011/92/UE definisce "d) "pubblico": una o più persone fisiche o giuridiche nonché, ai sensi della legislazione o prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi di tali persone; e) "pubblico interessato": pubblico che subisce o può subire gli effetti delle procedure decisionali in materia ambientale di cui all'art. 2, paragrafo 2, o che ha un interesse in tali procedure".

⁴²¹ Corte giust. UE, sez. II, 15 ottobre 2009, C-263/08.

amministrativa⁴²². La normativa rinvia alle procedure previste in tema di accesso ai documenti amministrativi (legge n. 241 del 1990 e successive modifiche).

Un ulteriore canale di accesso per i cittadini alla giustizia in materia ambientale è costituito dalla possibilità, prevista dall'art. 309 del d.lgs. n. 152 del 2006, di sollecitare l'intervento statale per ottenere il risarcimento del danno ambientale⁴²³. Le regioni, le province autonome e gli enti locali, le persone fisiche o giuridiche che vantano un interesse legittimo e le associazioni di protezione ambientale riconosciute ai sensi della legge n. 349 del 1986 possono sollecitare il Ministero dell'Ambiente a intervenire (presentando denunce e osservazioni corredate da documenti ed informazioni) per ottenere il risarcimento o la prevenzione del danno ambientale. Il Ministero dell'Ambiente è infatti legittimato ad agire per il risarcimento o la prevenzione del danno ambientale sia in via giurisdizionale (ricorrendo all'organo competente) che in via amministrativa (adottando un'ordinanza immediatamente esecutiva).

⁴²² Cfr. art. 7. Tutela del diritto di accesso "1. Contro le determinazioni dell'autorità pubblica concernenti il diritto di accesso e nel caso di mancata risposta entro i termini di cui all'articolo 3, comma 2, il richiedente può presentare ricorso in sede giurisdizionale secondo la procedura di cui all'articolo 25, commi 5, 5-bis e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero può chiedere il riesame delle suddette determinazioni, secondo la procedura stabilita all'articolo 25, comma 4, della stessa legge n. 241 del 1990, al difensore civico competente per territorio, nel caso di atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, o alla Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27 della citata legge n. 241 del 1990, nel caso di atti delle amministrazioni centrali o periferiche dello Stato".

⁴²³ Cfr. l'art. 309 "1. Le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantano un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino previste dalla parte sesta del presente decreto possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, depositandole presso le Prefetture - Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente a norma della parte sesta del presente decreto". 2. Le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente, di cui all'articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349, sono riconosciute titolari dell'interesse di cui al comma 1. 3. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare valuta le richieste di intervento e le osservazioni ad esse allegate afferenti casi di danno o di minaccia di danno ambientale e informa senza dilazione i soggetti richiedenti dei provvedimenti assunti al riguardo. 4. In caso di minaccia imminente di danno, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nell'urgenza estrema, provvede sul danno denunciato anche prima d'aver risposto ai richiedenti ai sensi del comma 3".

Ai sensi dell'articolo 310, gli stessi soggetti che possono sollecitare l'azione del Ministero dell'Ambiente possono anche ricorrere al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati o contro il silenzio inadempiuto del Ministero⁴²⁴.

Quanto alla legittimazione ad agire in giudizio per contestare la legittimità dei provvedimenti amministrativi produttivi di effetti sull'ambiente o delle omissioni dalle quali derivino effetti sull'ambiente, essa è riconosciuta non in quanto il ricorrente sia titolare dell'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente, ma in quanto sia portatore di un interesse qualificato e differenziato, consistente nell'interesse a non subire disturbi o disagi sul godimento o sul valore di mercato del bene di sua proprietà oppure a non subire danni alla propria salute o alla propria qualità di vita⁴²⁵. Per identificare i soggetti legittimati al ricorso, assume connotati particolari il criterio della *vicinitas*, che vale a differenziare la posizione delle persone fisiche o giuridiche che si trovino in una posizione di stabile vicinanza con l'area nella quale si verificano gli effetti derivanti dai provvedimenti

⁴²⁴ Cfr. l'art. 310: "1. I soggetti di cui all'articolo 309, comma 1, sono legittimati ad agire, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto nonché avverso il silenzio inadempiuto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale. 2. Nell'ipotesi di cui al comma 1, il ricorso al giudice amministrativo può essere preceduto da una opposizione depositata presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare o inviata presso la sua sede a mezzo di posta raccomandata con avviso di ricevimento entro trenta giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto. In caso di inerzia del Ministro, analoga opposizione può essere proposta entro il suddetto termine decorrente dalla scadenza del trentesimo giorno successivo all'effettuato deposito dell'opposizione presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. 3. Se sia stata presentata l'opposizione e non ancora il ricorso al giudice amministrativo, quest'ultimo è proponibile entro il termine di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento della decisione di rigetto dell'opposizione oppure dal trentunesimo giorno successivo alla presentazione dell'opposizione se il Ministro non si sia pronunciato. 4. Resta ferma la facoltà dell'interessato di ricorrere in via straordinaria al Presidente della Repubblica nel termine di centoventi giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto o provvedimento che si ritenga illegittimo e lesivo".

⁴²⁵ V. Cons. St., sez. V, 18 giugno 2015, n. 3118; Cons. Stato Sez. IV, Sent. 04-03-2019, n. 1462; Cons. Stato Sez. VI, Sent. 06-02-2019, n. 902; Cons. Stato Sez. VI, Sent. 24-04-2019, n. 2657; Cons. Stato Sez. V, Sent. 12-03-2019, n. 1643. Per la dottrina, cfr. M.R. Monaco, La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa, op. cit., 41 ss.; F. De Leonardis, Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future, Soveria Monelli, 2010; S. Guarino, La legittimazione a ricorrere in materia di provvedimenti autorizzatori alla realizzazione di impianti di energia da fonte rinnovabile, in Riv. giur. amb., 2013, 5, 602 ss.

amministrativi o dalle omissioni dell'amministrazione, in tal modo attribuendo loro la legittimazione ad agire. Tale criterio, nelle situazioni coinvolgenti l'ambiente, è interpretato ampiamente: non come mera vicinanza geografica, ma come possibilità di risentire gli effetti (negativi) derivanti dal provvedimento o dall'omissione⁴²⁶.

Secondo alcune pronunce del giudice amministrativo, tuttavia, la legittimazione dei singoli ad agire a tutela dell'ambiente si fonda, in realtà, su un duplice criterio: la vicinanza con il sito interessato (intesa in senso ampio) e la prova concreta di un *vulnus* alla propria sfera giuridica derivante dagli atti impugnati⁴²⁷. La legittimazione ad agire, quale condizione dell'azione, diventa quindi talmente legata alla seconda condizione dell'azione, cioè all'interesse al ricorso, da confondersi con essa⁴²⁸.

Nei ricorsi in materia ambientale esperiti dai terzi che si ritengono lesi dal provvedimento autorizzatorio rilasciato ad altri, l'interesse al ricorso si declina come necessaria dimostrazione del concreto pregiudizio, patito a causa degli atti o delle omissioni della pubblica amministrazione, di tipo economico, alla salute o alla qualità della vita⁴²⁹: dunque pregiudizio a diritti o interessi altrui rispetto al bene-interesse ambiente.

⁴²⁶ Cons. St., sez. V, 27 giugno 2019, n. 4441; Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2019, n. 2025; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 giugno 2019, n. 1394; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 luglio 2014, n. 599; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 28 marzo 2013, n. 316; Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2234.

⁴²⁷ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2019, n. 3843; Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2019, n. 1048; Cons. St., sez. IV, 21 novembre 2013, n. 5528; Tar Molise, Campobasso, sez. I, 4 giugno 2013, n. 395.

⁴²⁸ Per la dottrina cfr. M.R. Monaco, La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa, Profili ricostruttivi, op. cit., 40 ss. Secondo alcuni orientamenti giurisprudenziali la *vicinitas* connota l'interesse a ricorrere: cfr. sul punto Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2011, n. 5986.

⁴²⁹ *Ex multis*, v. Cons. Stato Sez. VI, Sent., 23 maggio 2017, n. 2416 ; Tar Veneto, Venezia, sez. III, 4 agosto 2017, n. 784; Cons. giust. Amm. Sicilia, 19 marzo 2014, n. 144.

8. La legittimazione a ricorrere dei terzi quale forma di legittimazione oggettiva?

Dall'indagine finora svolta si è potuto constatare come, di fronte a norme che, pur prevedendo un'attività doverosa per l'amministrazione, tuttavia non individuano una precisa posizione giuridica soggettiva in capo a soggetti ben determinati, si registri, in primo luogo, la propensione del giudice amministrativo ad ammettere la legittimazione a ricorrere dei terzi esclusivamente in base al criterio empirico della prossimità; in secondo luogo, l'assenza di qualificazione della posizione soggettiva dei terzi determinerebbe una "oggettivizzazione" del processo, poiché, in assenza di pretese individuali tutelate, anche l'interesse a ricorrere si oggettivizzerebbe: infatti, la legittimazione a ricorrere dei terzi verrebbe ampliata dalla giurisprudenza non per garantire una posizione privata (insussistente), ma per espandere il controllo di legittimità sull'attività amministrativa. Specificamente, nell'accertare le legittimazione a ricorrere dei terzi, il giudice agirebbe secondo criteri propri della giurisdizione oggettiva, non ritenendo necessaria la lesione di un interesse espressamente preso in considerazione da una norma, bensì accontentandosi di interessi differenziati, dove la differenziazione, desunta da indici fattuali, quali la *vicinitas*, è normalmente ritenuta sufficiente, mentre la qualificazione sarebbe implicita nel vizio denunciato, che è l'oggetto proprio del controllo giudiziale⁴³⁰.

L'ampia legittimazione a ricorrere dei terzi riconosciuta dalla giurisprudenza sulla base del criterio della *vicinitas* sarebbe, pertanto, indice della trasformazione in senso oggettivo dei caratteri della nostra giurisdizione. Nei sistemi di giustizia amministrativa a impronta soggettivistica, quali sono il sistema tedesco e quello italiano, per principio di carattere generale la legittimazione ad agire davanti al giudice amministrativo è ricondotta alla titolarità di un interesse qualificato. Tuttavia, al pari di quanto si è verificato in Germania, anche in Italia il

⁴³⁰ L'azione dei terzi diventerebbe l'occasione per attivare tale scrutinio. Per tutti, cfr. la posizione di G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, op. cit. 114 ss.

suddetto principio incontra eccezioni, che sono aumentate nel corso del tempo⁴³¹.

Lo dimostrano le ulteriori ipotesi di legittimazione a ricorrere introdotte dal legislatore attraverso la previsione di nuovi canali legittimanti (ed eccezionali rispetto alla nozione di legittimazione sostanziale sopra delineata), al fine di ampliare il novero di soggetti legittimati ad accedere alla tutela giurisdizionale.

Al riguardo, sempre più numerose sono le disposizioni normative che introducono nuove ipotesi di legittimazione *ex lege*, giustificate dall'esigenza di offrire tutela processuale a interessi difficilmente qualificabili come interessi legittimi.

Si pensi, ad esempio, all'azione popolare, che stabilisce che "l'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere gli stessi nei casi in cui sia stata omessa la pubblicazione"⁴³²; si pensi, ancora, al T.u.e.l. che attribuisce al cittadino elettore, residente nel territorio di un ente locale, il potere di far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano all'ente medesimo⁴³³ o alla disciplina sulla *class action pubblica* prevista dal d.lgs. n. 198 del 2009, che dà ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei ad una pluralità di utenti e consumatori la possibilità di presentare ricorso davanti al giudice

⁴³¹ M.C. Romano, La giustizia amministrativa in Italia e in Germania, Contributi per un confronto, in Quad. dir. proc. amm., a cura di Vincenzo Cerulli Irelli, Milano, 2017, 182 ss.

⁴³² Cfr. l'attuale formulazione, dopo le modifiche apportate dalla legge Madia, dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013, che istituisce un'azione a tutela dell'accesso civico (una sorta di azione popolare di tipo correttivo), allo scopo di assicurare un più elevato livello di trasparenza dell'azione amministrativa: il singolo intende correggere le omissioni dell'amministrazione che non ha pubblicato dati e documenti. Sul punto cfr. M. Ramajoli, Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva, in La Giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto, Milano, 2017, 147 ss.

⁴³³ In particolare, l'art. 9 del d.lgs. n. 267 del 2000 dispone che: "Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia".

In dottrina si vedano: S. Settis, Azione popolare. Cittadini per il bene comune, 2014, 27 ss.; G. Mastropiero, F. Tartaglia, L. Tramontano, Repertorio di giurisprudenza amministrativa 2007. Percorso storiografico degli orientamenti giurisprudenziali di diritto amministrativo, 67ss.; F. Pavoni, Sui possibili nuovi contenuti dell'azione popolare "locale", in Resp. civ. prev., 2011, 432 ss.

amministrativo contro le inefficienze delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi⁴³⁴.

Si pensi, inoltre, all'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990, che pone in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁴³⁵; alla legittimazione a tutela di interessi collettivi riconosciuta in capo ad associazioni di categoria, aggiuntive rispetto a quella del singolo appartenente alla categoria interessata; all'art. 211 del Codice dei contratti pubblici, che riconosce all'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione) il potere di ricorrere davanti al giudice amministrativo in relazione ai pareri di precontenzioso resi dalla stessa⁴³⁶.

⁴³⁴ F. Foglietti, La tutela degli interessi collettivi e la class action pubblica, Consiglio dell'Ordine degli avvocati, 2016, Volume X di Quaderni/ Scuola di formazione forense, 43 ss.; R. Lombardi, Le azioni collettive, in F.G. Scoca, (a cura di), Giustizia amministrativa, VII ed., Torino, 2017, 226 ss.; U.G. Zingales, La class action pubblica e i suoi limiti nelle ipotesi di disfunzioni organizzative: una sentenza monito, in Giorn. Dir. amm., 2012, 1096; C. Zanda, La class action pubblica tra interessi legittimi e giustiziabilità dell'azione amministrativa, in Urb. e app., 2011, 825 ss.; F.R. Fanetti, L'azione collettiva contro la pubblica amministrazione, in Resp. civ. prev., 2011, 59.

⁴³⁵ B. Mattarella, I ricorsi dell'Autorità Antitrust al giudice amministrativo, in Giorn. dir. amm., 2016, 291 ss.; M. Clarich, I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis della legge n. 287 del 1990, in Concorrenza e mercato, 2013, 865 ss.; cfr. anche G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia, in Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori, Milano, 2018, 72 ss.

⁴³⁶ L'esercizio di tali poteri d'impugnativa è stato poi ulteriormente precisato dal regolamento dell'Anac, adottato con delibera 13 giugno 2018, su cui si veda il recente parere reso dal Consiglio di Stato, Ad. Comm. Spec., 26 aprile 2018, n. 1119.

In giurisprudenza cfr. la sentenza T.A.R. Puglia Bari Sez. III, Ord., (ud. 11/07/2018) 20-07-2018, n. 1097, dove si precisa che *"Questo Collegio non ignora l'esistenza di ipotesi normative "eccezionali" di legittimazione ex lege al ricorso giurisdizionale di Autorità amministrative indipendenti (rispettivamente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per quanto concerne l'impugnazione di atti amministrativi in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21 bisL. n. 287 del 1990 e l'Autorità Nazionale Anticorruzione con riguardo alla impugnazione di provvedimenti amministrativi viziati da gravi violazioni del codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 ex art. 211, comma 1 ter d.lgs. n. 50 del 2011)"*.

In dottrina v. B. Marchetti, Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato, in Dir. proc. amm., 2014, 74 ss. A Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, XII ed., Torino, 2016, 192 ss.; E. Schmodt-Abmann, L. De Lucia, M.C. Romano, Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia,

Quelle finora evidenziate si configurano come ipotesi eccezionali rispetto alla tradizionale figura della legittimazione a ricorrere in senso sostanziale (che si fonda, cioè, sulla titolarità di un interesse legittimo o, nei casi di giurisdizione esclusiva, anche di un diritto soggettivo)⁴³⁷.

Secondo parte della dottrina, le previsioni, da parte del legislatore, di tali ipotesi eccezionali farebbero pensare ad una giurisdizione oggettiva, finalizzata alla tutela di un interesse generale, di cui il ricorrente assumerebbe la qualità di curatore, piuttosto che di effettivo titolare⁴³⁸.

Altra parte della dottrina, invece, nell'ottica di salvaguardare la natura di giurisdizione soggettiva del processo amministrativo, cui si riferisce la nozione sostanziale di legittimazione a ricorrere, introducono una distinzione tra i casi di azioni giurisdizionali a "legittimazione oggettiva", introdotte per la tutela di interessi pubblici generali, ma sempre esercitabili secondo le ordinarie regole del processo amministrativo, e i casi di vera e propria giurisdizione oggettiva, che invece richiederebbero un diverso regime processuale⁴³⁹.

2016, 709 ss.; V. Cerulli Irelli, Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss.

⁴³⁷ Cfr. G. Mannucci, op. cit. 114 ss. Si veda anche V. Caianello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 577, il quale accoglie la nozione sostanziale di legittimazione a ricorrere, nel senso di titolarità in capo al ricorrente di una situazione giuridica sostanziale; ma, subito dopo, lo stesso A. prevede delle eccezioni a tale regola sostanziale della legittimazione e tali eccezioni le individua nelle azioni popolari, in cui è sufficiente verificare la qualità di cittadino elettore e la legittimazione *ex lege*, quando è la legge a riconoscere la facoltà di ricorrere in giudizio, a prescindere dalla valutazione dell'interesse sottostante.

⁴³⁸ M. Silvestri, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, cit., 940 ss.; A. Carbone, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze nel processo amministrativo sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423 ss.

⁴³⁹ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss., il quale osserva come nelle ipotesi di legittimazione oggettiva al giudice amministrativo non spetterebbe verificare l'esistenza di un interesse legittimo in capo al ricorrente, ma accertare la pertinenza dell'interesse pubblico tutelato al soggetto portatore che agisce in giudizio. Secondo l'A. i diversi casi di legittimazione oggettiva a ricorrere nel processo amministrativo possono essere raggruppati in tre categorie: a) casi di legittimazione *ex lege* in capo a soggetti pubblici o collettivi ad agire a tutela dell'interesse generale di cui essi sono portatori (la tutela della concorrenza e del mercato, la tutela dell'ambiente e dei beni culturali, etc.); b) casi di azione popolare *ex lege*; c) casi di legittimazione a ricorrere di enti esponenziali di collettività a tutela degli interessi della collettività stessa. In questi casi il soggetto agente

Con particolare riferimento alla legittimazione allargata dei terzi, si è avuto già occasione di chiarire nelle pagine precedenti come negli anni la giurisprudenza amministrativa abbia riconosciuto in molte fattispecie, anche relative a settori molto diversi tra di loro, la legittimazione a ricorrere avverso provvedimenti amministrativi aventi ad oggetto l'autorizzazione di attività private altrui produttivi di effetti potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi dei soggetti stessi (ad es. il c.d. proprietario frontista, il farmacista interessato alla modifica della pianta organica, l'imprenditore, la cui attività si trovi nello stesso bacino d'utenza, ecc.).

La giurisprudenza amministrativa, in particolare, ha riconosciuto nel corso degli anni una legittimazione a ricorrere in capo ai terzi inizialmente con riferimento al settore urbanistico-edilizio, proprio attraverso l'elaborazione del concetto di *vicinitas*.

La *vicinitas* diventa criterio di riconoscimento della legittimazione, la cui funzione di tutela dei terzi si fonda sull'appartenenza di tali soggetti ad una stessa zona e si esplica nella tutela di tale zona dal punto di vista urbanistico-edilizio e ambientale; infatti la legittimazione a ricorrere fondata su tale criterio si ricollega all'interesse alla qualità dell'assetto urbanistico-

ricorre al giudice non a tutela dell'interesse proprio, ma a tutela di un interesse generale di cui è portatore *ex lege*, ovvero per la posizione istituzionale che riveste come ente esponenziale di collettività. Ed è secondario il fatto che la legge abbia previsto espressamente o meno la legittimazione ad agire (come nei primi due ordini di casi e non nel terzo) perché in ogni caso la pertinenza al soggetto dell'interesse generale lo legittima ad agire a tutela dello stesso (come lo legittima a porre in essere tutte le altre iniziative idonee a tutelarlo). Mentre la legittimazione ad agire, riconosciuta ad enti e associazioni rappresentativa di categorie, sindacati, ordini professionali, etc., è da ritenere piuttosto ascrivibile alla specie della legittimazione soggettiva, del tutto rapportabile alla legittimazione dei singoli che agiscono a tutela del posto di lavoro, o delle tariffe professionali, o delle garanzie previste nell'ambito dei procedimenti disciplinari, etc. Nel caso di legittimazione oggettiva si pone il anche il problema di accertamento preliminare circa la sussistenza delle condizioni dell'azione in capo al soggetto che può agire solo per la tutela di certi interessi generali di cui è portatore e non di altri interessi. Per es. le associazioni ambientaliste sono legittimate ad agire per la tutela di interessi ambientali e culturali, ma non a tutela della concorrenza o di altri interessi economici. Gli enti pubblici territoriali possono agire per la tutela degli interessi generali della propria collettività, ma non per la tutela di interessi riservati dalla legge alla competenza di altri soggetti. In tali casi, il giudice non deve accertare i caratteri della situazione protetta vantata dal ricorrente e di cui lamenta la lesione, come nei casi di legittimazione soggettiva, quanto piuttosto la pertinenza dell'interesse tutelato al soggetto agente che ne lamenta la lesione.

edilizio, che i terzi, che vivono in quella zona, ritengono leso a seguito dell'attività privata altrui autorizzata dall'amministrazione⁴⁴⁰.

L'ampliamento del numero di soggetti legittimati a ricorrere, operato dalla giurisprudenza amministrativa, attraverso il ricorso al criterio della *vicinitas*, sarebbe indice di oggettivizzazione del processo amministrativo, essendo finalizzato non certo a garantire una determinata posizione privata (inesistente), ma semplicemente per allargare il controllo di legittimità sull'attività amministrativa nel suo complesso⁴⁴¹.

Secondo altra parte della dottrina, invece, non appare condivisibile l'idea secondo cui tale criterio possa far tendere verso forme di giurisdizione oggettiva, e ciò in quanto la funzione tutoria della *vicinitas*, quale criterio di riconoscimento della legittimazione, consiste nella salvaguardia dell'interesse sostanziale alla qualità urbanistico-edilizia o ambientale dell'insediamento abitativo di cui sono parti i terzi ricorrenti e dunque attiene alla sfera giuridica individuale di soggetti ben precisi⁴⁴².

Dal punto di vista processuale, l'allargamento della legittimazione ad agire produrrebbe comunque una trasformazione della funzione del processo, chiamato indebitamente ad assolvere un ruolo di controllo generale di legalità, nell'ambito, oltretutto, non tanto di un processo impugnatorio, quanto ordinatorio, in cui si impone all'amministrazione di dar corso a una condotta materiale. Il privato prima e il giudice poi sarebbero incaricati di una ultronea funzione di stimolo, d'impulso e di vigilanza⁴⁴³.

⁴⁴⁰ F. Trimarchi Banfi, L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della *vicinitas*, cit., 777 ss.

⁴⁴¹ Vedi G. Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo, cit., la quale ritiene privo di rilevanza giuridica l'interesse dei terzi "vicini" ad un corretto insediamento abitativo e ciò in quanto detto interesse non risulta disciplinato espressamente da norme pubblicistiche.

⁴⁴² Cfr. per tutti la posizione di S. Mirate, La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo, 2017, 223 ss.

⁴⁴³ Cfr. per tutti M. Ramajoli, Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva, in La Giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto, Milano, 2017, 156 ss.

9. I terzi nei processi promossi da altri.

9.1. L' intervento *ope iudicis* dei terzi.

I terzi che intervengono in un giudizio promosso da altri assumono la qualità di parti controinteressate se risultano titolari di un interesse antitetico e di segno contrario a quello del ricorrente⁴⁴⁴.

Se, da una parte, si ritiene che i terzi controinteressati, avendo un interesse al mantenimento in vita dell'atto, si troverebbero dal lato dell'amministrazione resistente, con la conseguenza che potrebbe ritenersi non necessaria la loro chiamata in giudizio, visto che l'amministrazione, difendendo il proprio provvedimento, verrebbe a difendere, sia pure indirettamente anche la posizione del controinteressato⁴⁴⁵, dall'altra, si sostiene che tali terzi controinteressati, nonostante l'interesse in comune con

⁴⁴⁴ A. Sandulli, La giustizia, in S. Cassese (a cura di), Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 2012, 585 ss.; F. Pugliese, Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo, Napoli, 1989.

Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2017, n. 2416 che, con riferimento alle attività edilizie, ritiene "controinteressato in senso tecnico (soltanto) colui il quale, oltre ad essere contemplato nel provvedimento, riceva (rispetto a un proprio diritto reale) direttamente un vantaggio dal diniego del titolo abilitativo o dall'attività repressiva dell'amministrazione.

Si tratta, insomma, di soggetto che sia direttamente danneggiato dall'esecuzione di opere edilizie abusive, il quale ha un interesse qualificato a difendere la propria posizione giuridica di titolare di un diritto di proprietà (ovvero reale) leso dalla edificazione sine titulo o comunque illegittima (cfr. al riguardo anche Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2012, n. 3212; Id., sez. VI, 29 maggio 2007, n. 2742).

Pertanto, la qualità di controinteressato, cui il ricorso deve essere necessariamente notificato, va riconosciuta non già a chi abbia un interesse, anche legittimo, a mantenere in vita il provvedimento impugnato (e tanto meno a chi ne subisca conseguenze solo indirette o riflesse), ma unicamente a chi dal provvedimento stesso riceva un vantaggio diretto e immediato, ossia un positivo ampliamento della propria sfera giuridica.

Altrimenti detto, a radicare la condizione di controinteressato in senso tecnico (ossia di litisconsorte necessario nell'azione di annullamento), secondo il richiamato orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide, non può ritenersi sufficiente la c.d. vicinitas - pur potendo essa integrare il presupposto fattuale della legittimazione ad agire che, in questa materia, è infatti riconosciuta a "chiunque" - occorrendo invece la sussistenza di una diretta lesione, attuale o almeno potenziale, della proprietà (o di altro diritto reale di godimento) del terzo menzionato nell'atto per aver dato impulso con la sua denuncia al procedimento sanzionatorio".

⁴⁴⁵ L. Cossu, Litisconsorzio (diritto processuale amministrativo), in Enc. Giur., XIX, Roma, 1988,2.

quello dell'amministrazione, si caratterizzano per essere titolari di una situazione soggettiva autonoma⁴⁴⁶.

Ai fini dell'individuazione dei terzi controinteressati, l'art. 41 del c.p.a.⁴⁴⁷ richiede che, ai fini della notificazione, questi siano individuati nell'atto impugnato e non anche da esso desumibili. Spetterà poi al giudice, ai sensi dell'art. 49 c.p.a.⁴⁴⁸, provvedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri⁴⁴⁹. Pertanto, laddove vi siano più controinteressati, l'integrazione del contraddittorio è affidata al giudice, ovvero al

⁴⁴⁶ F. Salvia, Le parti, in A. Sandulli (a cura di), Diritto processuale amministrativo, Milano, 2007, 100 ss.; E. Cannada Bartoli, Il tema di controinteressato pretermessi, in Giur. it., 1990, 185 ss.

⁴⁴⁷ Art. 41: "1. Le domande si introducono con ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.

2. Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge. Qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'articolo 102 del codice di procedura civile; altrimenti il giudice provvede ai sensi dell'articolo 49.

3. La notificazione dei ricorsi nei confronti delle amministrazioni dello Stato è effettuata secondo le norme vigenti per la difesa in giudizio delle stesse.

4. Quando la notificazione del ricorso nei modi ordinari sia particolarmente difficile per il numero delle persone da chiamare in giudizio il presidente del tribunale o della sezione cui è assegnato il ricorso può disporre, su richiesta di parte, che la notificazione sia effettuata per pubblici proclami prescrivendone le modalità.

5. Il termine per la notificazione del ricorso è aumentato di trenta giorni, se le parti o alcune di esse risiedono in altro Stato d'Europa, o di novanta giorni se risiedono fuori d'Europa".

⁴⁴⁸Cfr. l'art. 49 c.p.a.: "1. Quando il ricorso sia stato proposto solo contro taluno dei controinteressati, il presidente o il collegio ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri.

2. L'integrazione del contraddittorio non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; in tali casi il collegio provvede con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 74.

3. Il giudice, nell'ordinare l'integrazione del contraddittorio, fissa il relativo termine, indicando le parti cui il ricorso deve essere notificato. Può autorizzare, se ne ricorrono i presupposti, la notificazione per pubblici proclami prescrivendone le modalità. Se l'atto di integrazione del contraddittorio non è tempestivamente notificato e depositato, il giudice provvede ai sensi dell'articolo 35.

4. I soggetti nei cui confronti è integrato il contraddittorio ai sensi del comma 1 non sono pregiudicati dagli atti processuali anteriormente compiuti".

⁴⁴⁹ M. Ramajoli, Giusto processo e giudizio amministrativo, cit. 131 ss.; F. Cangelli, Le parti, in Giustizia amministrativa, cit., 240 ss. Il giudice ha l'onere di integrare il contraddittorio nei confronti dei controinteressati successivi: v. Tar Campania, Napoli, sez. III, 2 aprile 2015, n. 1980.

meccanismo dell'intervento in processo previsto dal comma 3 dell'art. 28 c.p.a.⁴⁵⁰.

Da tale sommaria esposizione è facile intuire come il criterio della notifica ad almeno uno dei controinteressati e quello della esplicita indicazione nel provvedimento impugnato ai fini dell'individuazione, da parte del ricorrente, delle parti necessarie del processo cui notificare il ricorso stesso implica l'adesione, da parte del legislatore, ad un modello eccessivamente formalista che implicitamente ammetterebbe un contraddittorio incompleto⁴⁵¹.

Tutto ciò a svantaggio dei terzi, i quali, se non hanno avuto, a monte, la possibilità di partecipare, al procedimento, difficilmente saranno menzionati poi a valle nel provvedimento amministrativo finale e, pertanto, sulla base del suddetto criterio formale, non potranno avere poi ingresso in un eventuale processo azionato da altri⁴⁵².

Inoltre, neanche la disciplina dell'integrazione del contraddittorio ad opera del giudice sembra poter "compensare" questo deficit di tutela processuale in capo ai terzi controinteressati, in quanto la giurisprudenza ritiene sussistente il potere-dovere del giudice di integrare il contraddittorio solo laddove i terzi siano controinteressati formali, ossia solo qualora essi siano individuati o facilmente individuabili sulla base del provvedimento impugnato⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Cfr. il comma 3 dell'art. 28: *"Il giudice, anche su istanza di parte, quando ritiene opportuno che il processo si svolga nei confronti di un terzo, ne ordina l'intervento"*.

⁴⁵¹ Il principio del contraddittorio, corollario del più generale principio del giusto processo, implica che ciascuna parte deve essere messa in condizione di conoscere ogni richiesta o deduzione dell'altra parte e di formulare le proprie vedute in proposito. Sul punto cfr. M. Nigro, *Lezioni di diritto processuale amministrativo*, I, Firenze, 1972, 163 ss.; v. anche F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 100 ss., secondo cui il principio del contraddittorio esprime l'uguaglianza tra le parti. Ai sensi dell'art. 2 c.p.a. il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111 Cost. IN proposito v. anche M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013, 100 ss.

⁴⁵² G. Sala, *Parti e interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 62 ss.

⁴⁵³ Al riguardo, la giurisprudenza distingue tra controinteressati formali, cioè coloro che sono indicati nel provvedimento impugnato, i quali, se non ricevono la notifica, sono comunque chiamati dal giudice ai sensi dell'art. 49 c.p.a., e controinteressati sostanziali,

Pertanto, se un terzo controinteressato non è menzionato nel provvedimento e non è da esso facilmente desumibile, il giudice ometterà di chiamarlo in giudizio; la partecipazione di tali terzi dipenderà solo da un loro eventuale intervento volontario o potrà essere fatta valere in sede di opposizione di terzo avverso la decisione resa tra altri⁴⁵⁴.

Le esigenze di economia processuale sembrerebbero pertanto prevalere sulle esigenze di tutela processuale dei terzi controinteressati.

9.2. L'intervento volontario dei terzi.

L'intervento dei terzi nel processo amministrativo è disciplinato dall'art. 28, comma 2, del c.p.a.⁴⁵⁵.

Tale disposizione legittima l'intervento nel processo di "chiunque vi abbia interesse", senza specificare la posizione soggettiva di cui deve essere titolare colui che intenda intervenire in un giudizio promosso da altri⁴⁵⁶.

cioè coloro che non sono facilmente individuabili. Entrambe le categorie vantano un interesse incompatibile con quello del ricorrente, che si traduce nell'interesse al mantenimento in vita del provvedimento impugnato. La giurisprudenza richiede in capo ai controinteressati formali un requisito formale, ossia la esplicita indicazione del soggetto nel provvedimento impugnato o una sua immediata individuabilità; e un requisito sostanziale, ossia il riconoscimento in capo al controinteressato di un interesse al mantenimento della posizione giuridica in relazione a quel provvedimento. Sulla distinzione tra le categorie di controinteressati v. Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2013, n. 2744; sull'individuabilità dei controinteressati v. Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2015, n. 5001; Cons. Stato, sez. V, 11 ottobre 2015, n. 4606.

⁴⁵⁴ F. Cangelli, *Le parti*, op. cit., 249 ss.; D. Corletto, *L'interesse al provvedimento e i terzi*, cit., 940 ss.; L. Migliorini, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996, 13 ss.; A. Bartolini, *Contraddittorio e intervento*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della Giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 360 ss.

⁴⁵⁵ L'art. 28, comma 2, stabilisce che: " *Chiunque non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse, può intervenire accettando lo stato e il grado in cui il giudizio si trova.* In origine tale istituto era previsto dall'art. 22 della legge Tar, secondo cui " *Chi ha interesse nella contestazione può intervenire*". Le due disposizioni non definiscono né la posizione soggettiva legittimante l'intervento né i tipi di intervento ammessi nel processo amministrativo.

⁴⁵⁶ M. D'Orsogna, *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 380 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. 230 ss.; A. Bartolini, *Contraddittorio e intervento*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della Giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 371 ss.

Già prima del codice è stata opinione dominante quella secondo cui potessero intervenire anche i titolari di interessi di mero fatto, “toccati” in qualche modo dal provvedimento impugnato. Si richiedeva in capo a questi ultimi soltanto il vantaggio che gli stessi avrebbero potuto conseguire attraverso il loro ingresso in giudizio⁴⁵⁷.

Tale orientamento permane anche dopo il codice, visto che ancora oggi si ritiene che anche i terzi titolari di interessi di mero fatto siano legittimati a intervenire in un giudizio promosso da altri⁴⁵⁸; e ciò vale sia per l'intervento *ad adiuvandum*⁴⁵⁹, quanto per quello *ad opponendum*⁴⁶⁰.

Tale regime favorevole nei confronti dei terzi controinteressati, che intendono intervenire nel processo altrui, avrebbe la *ratio* di supplire quel deficit di tutela che si è visto caratterizzare l'intervento *ope iudicis*. La *ratio* sarebbe quella di favorire l'ingresso nel processo di quei terzi che potrebbero essere pregiudicati dall'atto impugnato, ma che, non rivestendo

⁴⁵⁷ V. Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 1960, n. 316, che già ammetteva l'intervento dei terzi che potevano ricevere, indirettamente, uno svantaggio o vantaggio dall'annullamento dell'atto impugnato; sulla stessa linea Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2795. In dottrina, cfr. A. Romano, In tema di intervento nel processo amministrativo, in Foro amm., 1961, 1242, che riteneva sufficiente un interesse di mero fatto. Tale orientamento era invece criticato da M. Nigro, L'intervento volontario nel processo amministrativo, in Jus, 1963, 372 ss., perché in tal modo si sarebbero allargate a dismisura l'ingresso di “chiunque” in un processo altrui.

⁴⁵⁸ Alla vigilia del codice si è continuato a ritenere sufficiente anche un interesse morale per giustificare l'intervento (Cons. Stato, sez. VI, 18 agosto 2009, n. 4958); v. anche Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2397. Per la dottrina, v. F. Mastragostino, art. 28, in R. Garofoli, G. Ferrari, Codice del processo amministrativo, Roma, 2012, 470 ss.; ammettono l'intervento di mero fatto, *ex multis*, anche V.M. Sessa, Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo, Napoli, 2012, 92 ss.

⁴⁵⁹ Con tale istituto processuale il legislatore mira a dare al possibilità ai terzi intervenienti di sostenere le ragioni del ricorrente, in quanto titolari di interessi dipendenti da quello fatto valere in via principale e che gli consente di trarre un vantaggio indiretto dall'eventuale accoglimento del ricorso. Sul punto cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 2011, n. 385. Per la dottrina cfr. M.P. Chiti, L'introduzione nel giudizio, in A. Sandulli (a cura di), Diritto processuale amministrativo, Milano, 2007, 145 ss.

⁴⁶⁰ Tale istituto processuale è invece utilizzato dai terzi intervenienti che vantano un interesse, anche di mero fatto, al mantenimento della situazione giuridica creata dal provvedimento impugnato; cfr. tar Puglia Bari, sez. I, 5 aprile 2005, n. 1359. Per la dottrina, v. M. D'Orsogna, L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi, in Dir. proc. amm., 1999, 470 ss.; S. Costa, L'intervento in causa, Torino, 1953, 72 ss.; S. Menchini, Il processo litisconsortile, I, Struttura e poteri delle parti, Milano, 1993, 57 ss.

la qualifica di controinteressati in senso tecnico (e quindi non essendo facilmente identificabili) non hanno ricevuto la notifica del ricorso⁴⁶¹.

Inoltre, tale istituto potrebbe essere inteso come strumento deflativo del contenzioso, in quanto incentivare l'intervento in giudizio dei terzi che potrebbero essere pregiudicati dal provvedimento impugnato servirebbe a ridurre il rischio di eventuali contestazioni in sede di opposizione di terzo⁴⁶².

Secondo una parte della dottrina l'apertura del processo amministrativo "a chiunque vi abbia interesse", a prescindere dalla posizione giuridica fatta valere in giudizio (e quindi anche ai terzi titolari di interessi di mero fatto), tenderebbe a contribuire al ristabilimento della legalità violata⁴⁶³.

9.3. L'opposizione di terzo.

L'opposizione di terzo è un mezzo di impugnazione di carattere straordinario, proponibile, cioè, anche avverso sentenze già passate in giudicato dal punto di vista formale ed esperibile nei casi previsti dalla legge da chi non è stato parte del processo a conclusione del quale la sentenza è stata emanata⁴⁶⁴.

Tale mezzo d'impugnazione trovava disciplina, prima dell'entrata in vigore del codice, negli articoli 404 e ss. c.p.c., che disciplinano due diverse forme di opposizione di terzo, quella c.d. ordinaria e quella c.d. revocatoria.

La prima può essere proposta dai terzi avverso la sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva, pronunciata tra altre parti e che abbia arrecato pregiudizio ai suoi diritti.

⁴⁶¹ W. Troise Mangoni, Controinteressato e opposizione di terzo nel processo amministrativo, Milano, 2004, 685 ss.; v. anche Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2817.

⁴⁶² M. Ramajoli, La connessione nel processo amministrativo, Milano, 2002, 122 ss.; G. Olivieri, L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. Oggetto ed effetti, in Dir. proc. amm., 1997 22 ss.

⁴⁶³ G. Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo, cit., 150 ss.

⁴⁶⁴ D. Corletto, Opposizione di terzo e contraddittorio nel processo amministrativo, in Giur. cost., 1995, 3772 ss.; W. Troise Mangoni, Controinteressato e opposizione di terzo nel processo amministrativo, op. cit., 682 ss.

La seconda, invece, spetta ai creditori o aventi causa di una delle parti avverso la sentenza che è stata l'effetto di dolo o collusione in loro danno.

Tale rimedio processuale è stato introdotto dalla giurisprudenza allo scopo di riconoscere ai terzi controinteressati, rimasti estranei al giudizio di primo grado, la legittimazione a proporre appello.

In particolare, nel processo amministrativo, tale rimedio impugnatorio è stato introdotto a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che ritenne che l'assenza di tale strumento oppositorio contrastasse con gli articoli 3 e 24 della Costituzione, dichiarando così l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 e 28 della legge Tar nella parte in cui non prevedevano l'opposizione di terzo tra i mezzi di impugnazione delle sentenze dei Tar e del Consiglio di Stato passate in giudicato⁴⁶⁵.

L'istituto della opposizione di terzo ordinaria è oggi disciplinato dall'art. 108, comma 1, del codice⁴⁶⁶.

Ai sensi dell'art. 108 c.p.c., pertanto, tale rimedio può essere esperito dai terzi che si ritengono pregiudicati nei loro diritti o interessi legittimi, da una decisione del Tar o del Consiglio di Stato pronunciata fra altri soggetti in un giudizio al quale i terzi stessi non sono stati chiamati a partecipare⁴⁶⁷.

Né la Corte costituzionale, prima, né il legislatore, poi, hanno specificato quali categorie di soggetti debbano ritenersi legittimate a proporre opposizione. La loro identificazione è stata demandata pertanto a criteri elaborati dalla giurisprudenza.

⁴⁶⁵ Sent. Corte Cost. n. 177 del 1995. Vedi altresì A. Police, L'opposizione di terzo nel processo amministrativo: la Corte costituzionale anticipa il legislatore, in *Giur. it.*, 1995, I, 511 ss.; C. Cecchella, L'opposizione del terzo nella giustizia amministrativa, in *Giur. it.*, 1995, I, 503 ss.

⁴⁶⁶ Il comma 1 dell'art. 108 c.p.c. dispone che: *"Un terzo può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi"*.

Il comma due del medesimo articolo disciplina, invece, l'opposizione di terzo revocatoria: *"Gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando questa sia effetto di dolo o collusione a loro danno"*.

⁴⁶⁷ Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2802 ha chiarito che nel processo amministrativo la legittimazione al rimedio dell'opposizione di terzo va riconosciuta non a qualunque soggetto pregiudicato dalla sentenza resa *inter alios*, ma ai controinteressati pretermessi, non facilmente individuati o individuabili e ai soggetti titolari di una posizione autonoma rispetto a quella azionata nel giudizio ed incompatibile con l'assetto definito con la sentenza opposta, fermo restando che l'opposizione di terzo non può valere a rimettere in termini il soggetto che è decaduto dall'azione giurisdizionale di annullamento

Infatti, questione dibattuta in giurisprudenza è se i terzi, che propongono opposizione nel processo amministrativo, debbano allegare o meno una situazione soggettiva, autonoma e prevalente rispetto a quella fatta valere da ricorrente principale.

Secondo un orientamento dominante nella giurisprudenza amministrativa, l'opposizione di terzo presuppone che l'opponente denunci [...] *sia la violazione di un proprio diritto processuale all'integrità del contraddittorio sia la prevalenza della propria situazione soggettiva sostanziale autonoma e incompatibile cui il giudice della sentenza opposta ha dato tutela* [...]⁴⁶⁸.

Secondo un altro orientamento, invece, i terzi non necessariamente sarebbero tenuti ad allegare e provare la prevalenza della propria situazione soggettiva rispetto a quella del ricorrente, tutelata nella sentenza opposta⁴⁶⁹.

Anche se si ritiene in astratto che i litisconsorti necessari pretermessi e i titolari di una posizione autonoma e incompatibile possono proporre opposizione, va comunque precisato quanto sia difficile in pratica ricondurre tali soggetti alle categorie del diritto amministrativo⁴⁷⁰.

Chi sarebbero i terzi pregiudicati dalla sentenza che siano titolari di posizioni autonome e incompatibili⁴⁷¹?

Risulta evidente, pertanto, come la giurisprudenza amministrativa abbia utilizzato un criterio molto ampio, e ciò principalmente al fine di garantire una qualche tutela a tutti coloro che non hanno ricevuto la notificazione del ricorso e per evitare, di conseguenza, una lesione del principio del contraddittorio⁴⁷².

Nel caso di impianti potenzialmente pericolosi o di interventi di notevole impatto edilizio, parte della giurisprudenza riteneva sufficiente, per legittimare l'opposizione dei terzi avverso una decisione resa in primo

⁴⁶⁸ V. per tutti, Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2442.

⁴⁶⁹ Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 655.

⁴⁷⁰ Come rilevato da A. Carbone, L'opposizione di terzo ex art. 108, comma 1, c.p.a., in Foro amm./Tar, 2012, 2964.

⁴⁷¹ F. Trimarchi Banfi, Considerazioni sull'opposizione alla sentenza di annullamento, proposta dal terzo titolare di posizione "autonoma e incompatibile", in Dir. proc. amm., 1998, 780 ss., che ritiene che difficilmente configurabili nel diritto amministrativo situazioni soggettive autonome e incompatibili. V. anche A. Travi, L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel diritto amministrativo, in Foro it., 1997, III, 21 ss.

⁴⁷² A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, cit. 333 ss.; D. Corletto, Opposizione di terzo e contraddittorio nel processo amministrativo, op. cit., 570 ss.

grado tra altre parti, la qualità di soggetti residenti nella zona interessata, senza l'ulteriore dimostrazione di una situazione di stretta contiguità con la zona stessa⁴⁷³.

Ultimamente, nel caso di ricorso in opposizione, la giurisprudenza tende a interpretare in modo più restrittivo un criterio, quale quello della *vicinitas*, già di per sé molto elastico e discrezionale, richiedendo, altresì, la prova dell'ulteriore pregiudizio subito⁴⁷⁴.

Recentemente, infatti, il Tar Campania⁴⁷⁵, richiamando espressamente l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 2895/2018, ha

⁴⁷³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2011, n. 5391 che osserva che, “[...] a fronte della realizzazione di un intervento di notevole impatto edilizio quale quello di cui è causa, la dedotta qualità di soggetti residenti nella zona interessata da un’iniziativa edificatoria incidente sui valori e sui connotati della zona, è di per sé idonea a sorreggere la proposizione del ricorso pur in assenza della dimostrazione di una situazione di vicinato o di stretta contiguità”. In particolare il Collegio osserva che: *“Pur consapevole dell’orientamento ermeneutico secondo cui la qualità di soggetti confinanti o residenti nell’area interessata dall’attività edificatoria non sarebbe idonea a legittimare alla proposizione del ricorso in opposizione avverso la decisione di annullamento del diniego di permesso di costruire, reputa che si debba approdare ad una diversa conclusione sulla scorta di un’interpretazione ampia e costituzionalmente orientata della nozione di soggetto titolare di una situazione soggettiva pregiudicata dalla sentenza oggi recepita dall’art. 108 del codice del processo amministrativo Per soggetto titolare di una posizione pregiudicata dalla decisione interessata dal ricorso in opposizione, ossia di una situazione incompatibile con la statuizione giurisdizionale, non si deve intendere solo colui il quale aspiri al medesimo bene conseguito dal ricorrente vittorioso ma, in senso più lato, colui che intenda difendere un bene della vita inciso negativamente, nella sua integrità o nel suo valore, dalla sentenza opposta. Titolare di una posizione qualificata di interesse antitetica a quella del ricorrente non è, quindi, solo chi abbia conseguito un vantaggio specifico per effetto dell’atto impugnato ma anche chi, per effetto dell’atto negativo gravato, abbia evitato un pregiudizio specifico. Tale soggetto è, infatti, portatore di un interesse qualificato al mantenimento del provvedimento amministrativo a contenuto negativo annullato alla sentenza opposta.*

Una diversa interpretazione arrecherebbe, d'altronde, un vulnus al principio di effettività della tutela giurisdizionale in quanto impedirebbe al soggetto leso dall'altrui attività edificatoria, come tale legittimato ad impugnare l'assenso amministrativo, di agire nei confronti della decisione giurisdizionale di annullamento del diniego di concessione edilizia (oggi permesso di costruire) che nella sostanza abbia legittimato l'iniziativa edificatoria”.

⁴⁷⁴ Secondo un altro orientamento, invece, in tali casi sarebbe necessaria, oltre alla mera *vicinitas*, anche la prova del pregiudizio che una certa decisione resa tra altre parti abbia arrecato alla sfera giuridica dei terzi pretermessi; cfr. al riguardo Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2017, n. 2416: “[...] Altrimenti detto, a radicare la condizione di controinteressato in senso tecnico (ossia di litisconsorte necessario nell’azione di annullamento) non può ritenersi sufficiente la c.d. *vicinitas* - pur potendo essa integrare il presupposto fattuale della legittimazione ad agire che, in questa materia, è infatti riconosciuta a “chiunque” - occorrendo invece la sussistenza di una diretta lesione, attuale o almeno potenziale, della proprietà (o di altro diritto reale di godimento) del terzo menzionato nell’atto per aver dato impulso con la sua denuncia al procedimento sanzionatorio”.

⁴⁷⁵ In tema di opposizione di terzo, cfr. Tar Campania Napoli, sez. VII, sent. 21 agosto 2018, n. 5256.

sottolineato che “secondo la giurisprudenza, la legittimazione a proporre opposizione di terzo nei confronti della decisione del giudice amministrativo resa tra altri soggetti si incentra, nell’attuale formulazione dell’art. 108, comma 1, su due elementi essenziali: la mancata partecipazione al giudizio conclusosi con la sentenza opposta e il pregiudizio che reca la sentenza ad una posizione giuridica di diritto soggettivo o interesse legittimo di cui l’opponente risulti titolare”.

Ciò detto in termini generali, sarà ora approfondito, in particolare, l’istituto dell’opposizione di terzo ordinaria.

Secondo l’art. 2909 c.c. l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa. Anche se ha origini antiche il principio secondo cui la cosa giudicata non ha valore che tra le parti e i terzi non ne debbano risentire influenza, è pur vero che essa può dare luogo ad effetti pregiudizievoli per questi ultimi⁴⁷⁶. In considerazione di questa eventualità il processo civile ha previsto da tempo un mezzo di impugnazione della sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva pronunciata tra le parti e pregiudizievole per i diritti del terzo.

Nel processo amministrativo le origini e la perdurante concezione di questo processo come “processo all’atto” hanno, invece, ostacolato a lungo l’affermarsi di un rimedio giurisdizionale per l’eventuale pregiudizio che, in seguito ad una sentenza *inter alios*, potesse subire un soggetto diverso dal destinatario dell’atto impugnato⁴⁷⁷.

Tali difficoltà si sono prolungate anche quando in dottrina si è affermata una concezione del processo amministrativo come “processo sul rapporto” con il progressivo coinvolgimento processuale, oltre ai controinteressati formali, anche dei soggetti non contemplati nell’atto, quali i controinteressati sostanziali. Eppure i casi di pronuncia costitutiva dell’annullamento dell’atto amministrativo avrebbero dovuto far prendere coscienza che l’estensione soggettiva della sentenza amministrativa andava ben oltre i destinatari dell’atto contestato⁴⁷⁸, dal momento che i controinteressati sostanziali subiscono egualmente un pregiudizio

⁴⁷⁶E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992, 44.

⁴⁷⁷M. Nigro, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1991, 3 ss.).

⁴⁷⁸Benvenuti, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 905 ss.; M. Nigro, *Processo amministrativo*, cit., 7.

dall'annullamento dell'atto impugnato, pur senza essere previsti esplicitamente nell'atto stesso⁴⁷⁹.

Tutto ciò ha causato per un lungo tempo un vero e proprio *vulnus* alla regola giuridica, secondo cui non si può giudicare e decidere su situazioni soggettive senza che i titolari di queste situazioni siano messi in grado di difendere davanti al giudice le proprie ragioni⁴⁸⁰.

Al fine di sanare tale *vulnus* è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale, n. 177 del 17 maggio 1955. In questa pronuncia si prendeva atto che, nonostante la regola generale dell'art. 2909 c.c. sulla inefficacia della sentenza nei confronti di soggetti diversi dalle parti processuali, nel processo amministrativo fosse del tutto concreto il rischio che soggetti estranei al processo potessero subire un pregiudizio delle loro situazioni giuridiche soggettive da una sentenza adottata a conclusione di un processo al quale essi non avevano partecipato. Secondo la Corte, questo poteva avvenire, sia nel caso in cui un controinteressato parte necessaria fosse stato pretermesso e non avesse potuto far valere le proprie ragioni, sia nel caso che il processo coinvolgesse altri soggetti che non dovevano, o in alcuni casi, non potevano partecipare al processo.

Preso atto che in questi casi ricorresse una violazione dell'art. 24 Cost., che riconosce il diritto di difesa a tutti coloro che possono essere "toccati" dalla decisione processuale, e tenuto conto che nel processo civile la sentenza passata in giudicato, o meramente esecutiva, adottata in assenza del litisconsorte necessario o di un terzo titolare di una situazione giuridica connessa con l'oggetto della sentenza, può essere contestata mediante il rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria (art. 404, comma 1, c.p.c.), la Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 177, dichiarava l'illegittimità costituzionale non solo dell'art. 36 della l. n. 1034 del 1971, «nella parte in cui non prevede l'opposizione di terzo ordinaria fra i mezzi di impugnazione avverso la sentenze del Consiglio di Stato», ma anche dell'art. 28 della l. n. 1034/1971 nella parte in cui non prevedeva

⁴⁷⁹F. Benvenuti, *Giudicato* (dir. amm.), cit., 966.

⁴⁸⁰L.P. Comoglio, *Contraddittorio* (principio del), in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, 11; D. Corletto, *Opposizione nel diritto processuale amministrativo*, in *Dig. pubb.*, XIV, Torino, 1999, 560.

l'opposizione di terzo ordinaria fra i mezzi di impugnazione delle sentenze del tribunale amministrativo regionale⁴⁸¹.

Dopo tale sentenza divenne dominante un orientamento giurisprudenziale che riteneva utilizzabile il rimedio dell'opposizione di terzo nel caso che l'opponente lamentasse la violazione del proprio diritto (processuale) di difesa e nel caso che la sentenza opposta venisse ad incidere su una propria situazione giuridica autonoma e incompatibile rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa nella sentenza oggetto della opposizione⁴⁸².

Tale lacuna dell'assenza di una disciplina normativa relativa all'opposizione di terzo è stata successivamente colmata a seguito dell'emanazione del codice del processo amministrativo⁴⁸³.

Nell'esame di questa normativa, la dottrina più avvertita rilevò subito che, per la legittimazione a proporre l'opposizione di terzo ordinaria, era stata prevista una "disciplina restrittiva". Infatti, nella disciplina normativa, si subordinava siffatta legittimazione alla titolarità, da parte del litisconsorte necessario, di una situazione autonoma e incompatibile⁴⁸⁴. Non solo, quindi, si disattendeva l'orientamento giurisprudenziale dominante, ma non si

⁴⁸¹ Si precisava infatti che le medesime ragioni che avevano condotto all'accoglimento della questione davanti al Consiglio di Stato valgono nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo di primo grado, passate in giudicato perché non appellate, che possano egualmente recare un pregiudizio ad un terzo non evocato in giudizio, quale parte necessaria o che comunque abbiano disposto un assetto di interessi incompatibili con la situazione giuridica di cui il terzo vanta la titolarità.

⁴⁸² Cons. St., sez. IV, 20.5.1996, n. 655; Cons. St., A.P., 11.1.2007, n. 2; V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *Opposizione di terzo*, in A. Quaranta, V. Lopilato, a cura di, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 836 ss.

⁴⁸³ L'art. 108 c.p.a. ha sancito:

«1. Un terzo, titolare di una posizione autonoma e incompatibile, può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi. 2. Gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando questa sia effetto di dolo o collusione a loro danno».

L'art. 109 c.p.a. ha poi sancito:

«1. L'opposizione di terzo è proposta davanti al giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, salvo il caso di cui al comma 2. 2. Se è proposto appello contro la sentenza di primo grado, il terzo deve introdurre la domanda di cui all'articolo 108 intervenendo nel giudizio di appello. Se l'opposizione di terzo è già stata proposta al giudice di primo grado, questi la dichiara improcedibile e, se l'opponente non vi ha ancora provveduto, fissa un termine per l'intervento nel giudizio di appello ai sensi del periodo precedente».

⁴⁸⁴ V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *Opposizione di terzo*, cit., 840 ss.

teneva in nessun conto quanto era stato sancito nell'art. 24 Cost. a proposito del diritto di difesa e nell'art. 111, co. 2, Cost. relativo al principio del contraddittorio⁴⁸⁵.

Questa ingiustificata "restrizione" della legittimazione del litisconsorte necessario pretermesso è stata prontamente corretta con il decreto correttivo del 2011 (d.lgs. 15.11.2011, n. 195). La disciplina del comma 1 del citato art. 108 è stata così riformulata: "*1. Un terzo può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi*".

La menzionata soppressione dell'inciso «titolare di una posizione autonoma e incompatibile» non solo ha fatto venir meno, per la legittimazione a ricorrere del litisconsorte necessario pretermesso, la "condizione" della titolarità di una situazione soggettiva autonoma e incompatibile, ma ha ampliato la schiera dei soggetti legittimati a esercitare l'opposizione di terzo ordinaria⁴⁸⁶. Ha permesso un più facile accesso alla tutela giurisdizionale delle situazioni di interesse legittimo, che, più frequentemente rispetto a quelle di diritto soggettivo, coinvolgono figure soggettive non espressamente evocate negli atti⁴⁸⁷. Inoltre, ha consentito un'estensione dell'area dei soggetti legittimati ad esperire il rimedio dell'opposizione di terzo nel caso di violazione delle regole processuali.

Si afferma, infatti, che la legittimazione alla proposizione del rimedio oppositivo risulta estesa a tutti i soggetti non intervenuti nel processo, quando tale assenza non sia dipesa da una loro decisione, ma sia conseguenza di un'omissione comunque rilevante, sia essa dovuta alla controparte, come pure alla mancata attivazione dei poteri di integrazione del contraddittorio da parte del giudice o addirittura derivante dai vizi del procedimento amministrativo a monte, per mancata corretta individuazione

⁴⁸⁵ S. Tarullo, Giusto processo (dir. proc. amm.), in Enc. dir., Annali, II, t. I, Milano, 2008, 381 ss.

⁴⁸⁶ D. De Pretis, Gli altri rimedi, in Sandulli, A., Diritto processuale amministrativo, Milano, 2013, 281 ss.

⁴⁸⁷ Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 1178; Cons. St., sez. IV, 11.9.2012, n. 4829; Cons. St., sez. IV, 19.11.2012, n. 5855.

dei soggetti di cui al capo III della l. n. 241 del 1990⁴⁸⁸. In piena armonia con l'art. 24 Cost., secondo cui una sentenza non deve produrre effetti pregiudizievoli nei confronti dei soggetti che non abbiano avuto la possibilità di difendersi, è stato, dunque, previsto un "contraddittorio riparatore" quando gli ordinari strumenti processuali volti ad instaurare un corretto contraddittorio non abbiano funzionato.

Recenti decisioni del Consiglio di Stato hanno poi puntualizzato che il principio per cui, *"In sede di impugnazione di un'ordinanza di demolizione di abusi edilizi, deve ritenersi contraddittore necessario il soggetto che abbia provveduto a segnalare l'abuso e il cui diritto di proprietà risulti direttamente leso dall'opera edilizia della cui demolizione si tratta. Così qualificata la posizione di vantaggio che deve caratterizzare il terzo affinché costui assurga al rango di litisconsorte necessario, è palese come essa non sia surrogabile dal generico interesse vantato da un qualsiasi vicino di casa (che, per esempio, faccia valere un interesse al corretto assetto edilizio di un'area rispetto alla quale pur possa allegare uno stabile collegamento territoriale), bensì occorre che l'interesse faccia capo proprio a quel soggetto, denunciante nel procedimento amministrativo, il cui diritto di proprietà (ovvero, come può estensivamente ritenersi, un altro diritto reale di godimento) risulti direttamente leso da un'opera edilizia abusiva (di cui, in esito a quel procedimento, l'Amministrazione abbia ordinato la demolizione). In altri termini, è controinteressato in senso tecnico (soltanto) colui il quale, oltre ad essere contemplato nel provvedimento, riceva (rispetto a un proprio diritto reale) direttamente un vantaggio dal diniego del titolo abilitativo o dall'attività repressiva dell'amministrazione. Si tratta, insomma, di soggetto che sia direttamente danneggiato dall'esecuzione di opere edilizie abusive, il quale ha un interesse qualificato a difendere la propria posizione giuridica di titolare di un diritto di proprietà (ovvero reale) leso dalla edificazione sine titolo o comunque illegittima"*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ Cons. St., sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4829.

⁴⁸⁹ Cons. Stato Sez. VI, Sent., 23 maggio 2017, n. 2416 che afferma di richiamare, in particolare, C.d.S., 4 settembre 2012, n. 4684, al cui insegnamento il Collegio ritiene di dover dare continuità. Il Collegio nella stessa sentenza aggiunge che *"Pertanto, la qualità di controinteressato, cui il ricorso deve essere necessariamente notificato, va riconosciuta non già a chi abbia un interesse, anche legittimo, a mantenere in vita il provvedimento impugnato (e tanto meno a chi ne subisca conseguenze solo indirette o riflesse), ma unicamente a chi dal provvedimento stesso riceva un vantaggio diretto e immediato, ossia un positivo ampliamento della propria sfera giuridica. Altrimenti detto, a radicare la condizione di controinteressato in senso tecnico (ossia di litisconsorte*

Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, legittimazione a proporre opposizione di terzo ordinaria nei confronti di una decisione resa *inter alios* spetta:

a) ai controinteressati necessari pretermessi. Nel processo amministrativo per controinteressato necessario pretermesso deve intendersi il soggetto individuato nell'atto stesso o facilmente individuabile portatore di un interesse alla conservazione dell'atto o alla mancata adozione dello stesso⁴⁹⁰.

In concreto, si tratta dei soggetti ai quali non è stato notificato, ai sensi dell'art. 41, co.2, c.p.a, il ricorso di primo grado⁴⁹¹;

b) ai controinteressati non facilmente identificabili nell'atto amministrativo (cd. occulti). Per controinteressato occulto deve essere inteso colui che sostanzialmente è un controinteressato in quanto la sentenza di accoglimento del ricorso, al pari dell'ipotesi precedente, lede in via immediata l'interesse che egli nutre alla conservazione del provvedimento amministrativo impugnato o alla sua mancata adozione⁴⁹². La differenza con l'ipotesi precedente si risolve nel fatto che l'utilità giuridica in discussione

necessario nell'azione di annullamento) , secondo il richiamato orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide, non può ritenersi sufficiente la c.d. vicinitas - pur potendo essa integrare il presupposto fattuale della legittimazione ad agire che, in questa materia, è infatti riconosciuta a "chiunque" - occorrendo invece la sussistenza di una diretta lesione, attuale o almeno potenziale, della proprietà (o di altro diritto reale di godimento) del terzo menzionato nell'atto per aver dato impulso con la sua denuncia al procedimento sanzionatorio. Non sembra, in effetti, affatto incongruente che non vi sia una biunivoca corrispondenza tra legittimazione ad agire per l'annullamento di un titolo edilizio illegittimo e qualità di litisconsorte necessario nel giudizio per l'annullamento di un provvedimento sanzionatorio; sia perché la più ampia legittimazione attiva deriva, nel primo caso, da una precisa scelta del legislatore (che, a maggior garanzia del corretto assetto urbanistico, ha inteso estendere tale legittimazione a "chiunque" versi in condizione di oggettivo interesse a perseguire la realizzazione e il mantenimento di tale assetto); sia perché, con riguardo alla seconda ipotesi, un indiscriminato ampliamento del novero dei litisconsorti necessari dal lato passivo (ferma ovviamente restando, invece, la più estesa facoltà di intervenire volontariamente nel giudizio ad opponendum in capo a chiunque altro vi abbia interesse) si risolverebbe in un correlativo restringimento, quantomeno fattuale, della possibilità di agire utilmente in giudizio da parte del destinatario del provvedimento sanzionatorio, e dunque in un'indiretta limitazione del diritto di difesa in giudizio dei propri diritti e interessi, costituzionalmente garantito. La posizione di controinteresse processualmente rilevante non deriva solo dal fatto che il procedimento sanzionatorio sia stato innescato dalla denuncia del terzo, ma dal fatto che dal ripristino dello stato dei luoghi sortisca un vantaggio diretto, ovvero sia un positivo ampliamento della sfera giuridica del denunciante".

⁴⁹⁰ Cons. St., sez. V, 16 aprile 2016, n. 1862.

⁴⁹¹ Cons. St. sez. V, 11 febbraio 2014, n.652.

⁴⁹² Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2014, n. 652.

non trova esplicito riscontro nominativo nel provvedimento ovvero l'immediata attribuzione non è facilmente individuabile dalla lettura dell'atto impugnato⁴⁹³;

c) ai controinteressati sopravvenuti. Per controinteressato sopravvenuto deve intendersi un soggetto la cui posizione qualificata antitetica rispetto a quella del ricorrente emerge in seguito alla adozione della sentenza opposta, che crea una situazione di incompatibilità con la sua situazione soggettiva⁴⁹⁴. Si pensi a colui che abbia un titolo abilitativo, un beneficio o uno status derivante da un provvedimento divenuto invalido in seguito al fatto che l'atto amministrativo presupposto è stato annullato nel giudizio al quale egli è rimasto estraneo⁴⁹⁵. In questo caso il terzo (beneficiario di una utilità derivante dall'atto consequenziale) risente nella propria sfera giuridica di ripercussioni pregiudizievoli in seguito e a causa di un giudicato intervenuto *inter alios*. Non si tratta di un effetto ulteriore della decisione, ma della ripercussione di essa, secondo relazioni logico-giuridiche, su situazioni soggettive e rapporti appartenenti a terzi⁴⁹⁶). Diversamente dai casi a) e b) prima citati, in questo caso la legittimazione ad esercitare il rimedio dell'opposizione di terzo non deriva dal mancato rispetto del principio del contraddittorio, bensì dalla sopravvenienza di nuovi atti fondativi di posizioni giuridiche⁴⁹⁷;

d) in generale, ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile rispetto a quella riferibile alla parte vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione. Infatti, in conformità con quanto tradizionalmente affermato nel processo civile⁴⁹⁸ e nella citata sentenza della Corte costituzionale, il rimedio dell'opposizione di terzo spetta anche ai soggetti terzi titolari di una situazione giuridica autonoma ed anche

⁴⁹³ W. Troise Mangoni, L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo, Milano, 2004, 95. In effetti, i controinteressati occulti (o controinteressati sostanziali) sarebbero quei controinteressati non identificati o non identificabili alla stregua dell'atto amministrativo (cfr. A. Travi, Lezioni, cit., 228 ss.);

⁴⁹⁴ W. Troise Mangoni, L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo, op.cit., 59 ss.

⁴⁹⁵ Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2014, n. 652, cit.

⁴⁹⁶ Cons. St. sez.V,11 febbraio 2014,cit.

⁴⁹⁷ Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2014, n. 360.

⁴⁹⁸ F.P. Luiso, Opposizione di terzo, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1990, 3 ss.

incompatibile con quella riconosciuta nella sentenza che si oppone⁴⁹⁹. Questa situazione giuridica non si identifica soltanto con la lesione dei diritti del terzo, come prevede l'art. 404, co.1 c.p.c., ma può riguardare anche la lesione di interessi legittimi⁵⁰⁰.

Il presupposto dell'autonomia della situazione soggettiva si riscontra quando la posizione giuridica del terzo opponente «è una situazione soggettiva ed autonoma, ossia non direttamente incisa dalla sentenza opposta, né in posizione di derivazione o dipendenza rispetto a quella oggetto di accertamento giudiziale»⁵⁰¹. Non deve trattarsi, quindi, di una posizione giuridica dipendente rispetto a quella di una delle parti del giudizio. Il terzo deve essere estraneo rispetto ad eventuali posizioni di riflessione dell'efficacia della sentenza dalla quale deriva la situazione di incompatibilità⁵⁰². In breve, la posizione di autonomia del terzo ricorre quando egli non è sottoposto alla efficacia della sentenza, né in via diretta, né in via riflessa. Risultano di conseguenza esclusi dalla legittimazione a esperire il rimedio della opposizione di terzo ordinaria i successori delle parti a titolo universale o particolare ovvero i creditori o aventi causa⁵⁰³. Al riguardo, è stato precisato che nel processo amministrativo il titolare di una posizione secondaria, accessoria e riflessa (ad es., per avere stipulato un contratto con una delle parti necessarie), pur potendo intervenire nel giudizio di opposizione, presentare domande di fissazione di udienza e proporre regolamento preventivo di giurisdizione, non è legittimato a proporre opposizione avverso la sentenza di primo o di secondo grado lesiva per il titolare della posizione principale⁵⁰⁴.

Va poi precisato che l'art. 108, co. 1, c.p.a., nell'indicare i presupposti per la legittimazione del terzo a esperire il rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria, fa esplicito riferimento al pregiudizio di una posizione giuridica

⁴⁹⁹ Police, A., L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. La Corte Costituzionale anticipa il legislatore, in *Giur. it.*, 1995, 527; Cons. St., sez. V, 11.2.2014, n. 652; Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 1178.

⁵⁰⁰ Travi, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 332; Cons. St. sez. V, 13.3.2014, n.1178;

⁵⁰¹ Cons. St., sez. V, 11.2.2017, n. 652.

⁵⁰² Travi A., *Lezioni*, cit., 332 ss.

⁵⁰³ Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 1178.

⁵⁰⁴ Cons. St., sez. V, 16 aprile 2017, n. 1862.

di diritto soggettivo o di interesse legittimo di cui l'opponente sia titolare. La stessa giurisprudenza ha ribadito più volte che il pregiudizio di una posizione giuridica di cui l'opponente sia titolare è un presupposto per esperire il rimedio dell'opposizione di terzo⁵⁰⁵. Questo perché il rimedio dell'opposizione ordinaria di terzo non è un giudizio a tutela della mera legalità, ma un rimedio per rimuovere un pregiudizio *contra jus*. A conferma, si rileva che nella dottrina francese è stato puntualizzato che il presupposto, secondo cui la sentenza opposta deve pregiudicare la situazione soggettiva del terzo che esperisce il rimedio della opposizione, non deve essere inteso come una sorta di «*intérêt à agir*»⁵⁰⁶, ma come «*un droitlésé*»⁵⁰⁷

In giurisprudenza e in dottrina si ritiene che per il (solo) litisconsorte necessario pretermesso sia sufficiente, per esperire il rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria, far valere siffatta qualità, dal momento che questi non fa valere una situazione giuridica di diritto sostanziale, ma lamenta la mera violazione di un proprio diritto processuale ovvero il mancato “coinvolgimento” in un processo in cui *ex art 41, co. 2, c.p.a.* era parte necessaria⁵⁰⁸. Negli altri casi nei quali non si fa valere la qualità di litisconsorte necessario pretermesso, il terzo controinteressato (non parte necessaria), oltre ad allegare la propria situazione di controinteressato pretermesso, deve denunciare anche l'ingiustizia della sentenza opposta⁵⁰⁹. Si puntualizza che in questi casi i soggetti in questione, non avendo la qualità di parte necessaria pretermessa ovvero di controinteressato cui andava notificato il ricorso originario, per proporre l'opposizione di terzo devono risultare titolari di una posizione giuridica autonoma e incompatibile, come in tutte le altre ipotesi nelle quali un terzo pretenda di proporre opposizione⁵¹⁰. È da precisare che ove l'opponente faccia valere una situazione giuridica autonoma e incompatibile non è sufficiente, come

⁵⁰⁵ Cons. St., sez. V, 13marzo 2017, n. 1178.; Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2016, n. 652.

⁵⁰⁶ C. Broyelle, *Contentieux administratif*, Paris, 2013, 352 ss.

⁵⁰⁷ O. Gohin, *Contentieux administratif*, Paris, 2014, 471 ss.

⁵⁰⁸ Per la giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2017, n. 652; Cons. St., sez. IV, 16 aprile 2016, n. 1862. Per la dottrina cfr. Travi, A., *Lezioni*, cit., 333 ss.

⁵⁰⁹ Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2014, n. 652.

⁵¹⁰ Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2014, n. 652, cit.

si riscontra nel processo civile, la denuncia della ingiustizia della sentenza, ma è necessario non solo allegare la propria situazione e farne valere la prevalenza, ma denunciare l'ingiustizia intrinseca della sentenza nella parte in cui accerta la situazione di vantaggio del vincitore, incompatibile con quella del terzo.

CAPITOLO TERZO

PRECAUZIONE E TUTELA DEI TERZI IN RELAZIONE ALLA LORO ESPOSIZIONE AI CAMPI ELETTROMAGNETICI

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'inquinamento elettromagnetico e le problematiche connesse con riferimento ai terzi. 3. Quadro normativo di riferimento: l'ordinamento europeo e la disciplina interna. 4. Principio di precauzione e problemi di tutela dei terzi. 4.1. Origini del principio di precauzione e suo sviluppo all'interno dell'Unione Europea. 4.2. Principio di precauzione e ordinamento italiano. 4.3. Il principio di precauzione nella giurisprudenza amministrativa italiana ed europea. 5. Precauzione in materia di elettrosmog e tutela dei terzi. 5.1. Tutela procedimentale dei terzi. 5.2. Elettrosmog e tutela processuale dei terzi.

1. Premessa

Nel I capitolo sono state esaminate per sommi capi varie fattispecie generali, relative alla partecipazione al procedimento amministrativo, che vedono emergere interessi di soggetti terzi rispetto al rapporto pubblicistico che solitamente si instaura tra l'amministrazione e il destinatario diretto del potere amministrativo.

Dall'esame di tali fattispecie, è risultato chiaro il fatto che, sebbene ai terzi possa spettare, almeno in via teorica, una tutela sia procedimentale che processuale, tuttavia essi si trovano spesso dinnanzi a procedimenti autorizzatori già conclusi con provvedimenti per loro potenzialmente pregiudizievoli e contro i quali altro non possono fare che tentare l'incerta e costosa via processuale.

Nel tentativo di recuperare un maggiore coinvolgimento dei terzi già nella fase procedimentale, ci si è interrogati, sempre nel I capitolo, su quali strumenti amministrativi utilizzare per garantire il funzionamento corretto

ed efficiente del procedimento e favorire, tra l'altro, anche il loro ingresso all'interno di esso e facendo sì che le decisioni vengano prese davvero compiutamente e correttamente, senza invece dovere essere rinviate in sede processuale.

È stato chiarito che la partecipazione, così come delineato dalla legge n. 241 del 1990, dovrebbe garantire un'istruttoria in contraddittorio, in grado di dare la facoltà di intervenire e proporre osservazioni a tutti i soggetti legittimati.

Tuttavia, in generale, si è potuto constatare come la partecipazione dei terzi non abbia trovato finora molto spazio nella prassi amministrativa, essendo la P.A. piuttosto restia ad ammetterne la partecipazione tramite la comunicazione dell'avvio del procedimento, in nome della speditezza ed economicità dello stesso, ed essendo altresì rari i casi in cui tali soggetti possano avere autonomamente notizia del procedimento e intervenire volontariamente.

Si esaminerà, adesso, una fattispecie molto particolare rispetto a tutte quelle esposte precedentemente, che offrirà l'occasione di ulteriori riflessioni sulle possibili modalità di garantire ai terzi un'adeguata tutela.

L'analisi di tale fattispecie si presenta interessante non solo perché riguarda un fenomeno molto attuale e, al tempo stesso, assai dibattuto e controverso (circa la dannosità di tali impianti sulla salute umana), ma anche perché con riferimento ad essa emergono solitamente entrambe le categorie di terzi esaminate in precedenza. In particolare, qualora l'amministrazione, nell'autorizzare un determinato impianto, abbia violato le norme sulle soglie minime o sulle distanze di sicurezza (solitamente previste dai regolamenti comunali sulla base degli standard fissati dal legislatore nazionale), è chiaro che i terzi, in qualche modo "toccati" dall'esercizio del potere autorizzatorio e che fanno valere la violazione di tali norme, rientrano nella prima categoria (ossia in quella dei terzi titolari di diritti); al contrario, qualora l'amministrazione, pur rispettando quelle norme, coinvolge altri soggetti che si ritengono comunque pregiudicati dall'installazione dell'impianto (ad esempio, in quanto tale installazione è stata autorizzata in un sito non sensibile, ma comunque densamente

popolato), in tal caso ci troviamo di fronte ai terzi titolari di interessi mero fatto, i quali dovranno partecipare al procedimento, al fine di rappresentare il proprio interesse (sia pure di mero fatto) e dimostrare il pregiudizio che l'esercizio del potere potrebbe arrecarvi nel caso concreto e prospettare possibili soluzioni.

Ma possono tali soggetti accedere agevolmente al procedimento amministrativo? Sono essi coinvolti direttamente dalla stessa amministrazione, considerando anche il fatto che spesso si tratta di un alto numero di soggetti potenzialmente pregiudicati dagli effetti che promanano da tali impianti?

Nel corso di questo capitolo verrà dapprima chiarito come l'inquinamento collegato ai campi elettromagnetici⁵¹¹ desti particolare preoccupazione nell'opinione pubblica. In particolare, le maggiori preoccupazioni riguardano quei campi elettromagnetici (cc.dd. ad alta frequenza) derivanti dall'installazione di ripetitori radio televisivi e di telefonia mobile. A tale installazione provvede il gestore privato, il quale è solitamente autorizzato dall'amministrazione ad installare e ad attivare i suddetti impianti in precisi siti all'interno del territorio comunale. Risulta da ciò evidente che quello che apparentemente potrebbe definirsi come un semplice rapporto bilaterale tra amministrazione e gestore privato in realtà coinvolge un insieme di altri soggetti (i cc.dd. terzi, come abbiamo già chiarito nel capito precedente) che potrebbero risultare danneggiati dall'installazione di tali impianti.

I principali timori da parte dei terzi derivano dalla diffusione sempre maggiore di tali fenomeni, dall'impercettibilità immediata delle onde elettromagnetiche e dallo stato degli studi epidemiologici, che si esprimono tutti nel senso della loro pericolosità per la salute umana, senza dare tuttavia certezze sugli effettivi rischi derivanti dall'esposizione alle onde stesse. Non va peraltro sottaciuto che tali emissioni sono conseguenza

⁵¹¹ Vasta è la letteratura sul tema, anche in ambito giuridico. Tra i principali contributi vanno segnalati: M.A. Mazzola, E. Taioli, *Inquinamento elettromagnetico*, Milano 2001; R. Catalano, *Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona. Elettrodi ed antenne per telecomunicazioni*, Napoli 2015; R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino 2018.

necessaria dello sviluppo tecnologico⁵¹².

Dopo aver inquadrato il fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico, si procederà a evidenziarne i potenziali danni sulla sfera dei terzi e a delineare i principali mezzi di tutela a favore di questi ultimi, anche alla luce della normativa vigente, europea e italiana, e dei più recenti orientamenti giurisprudenziali.

Si cercherà di capire se tali soggetti possano trovare adeguata tutela già all'interno del procedimento amministrativo o se, invece, gli stessi debbano necessariamente ricorrere dinnanzi al giudice amministrativo.

Si cercherà, inoltre, di spiegare l'importanza che riveste in questo ambito il principio di precauzione e quanto sia applicato dai giudici amministrativi, al fine di garantire una certa tutela ai terzi, pur in assenza di certezze scientifiche sugli effettivi danni che suddette onde elettromagnetiche possano provocare.

2. L'inquinamento elettromagnetico e le problematiche connesse con riferimento ai terzi

Occorre fin da ora chiarire che i campi elettromagnetici sono da sempre presenti in natura, essendo generati dalla stessa Terra, dall'atmosfera e dalle radiazioni del sole, tant'è che è possibile discorrere di un fondo elettromagnetico naturale. A quest'ultimo si sono aggiunte, in ragione del progresso tecnologico, numerose fonti artificiali e, con riferimento a queste ultime, la maggiore preoccupazione proviene dalla diffusione di fonti di emissione che hanno progressivamente innalzato i livelli di esposizione⁵¹³.

⁵¹² Quello della "società del rischio", che caratterizza l'epoca attuale, è tema ricorrente: Il rischio attualmente rappresenta un tratto essenziale della nostra società più di quanto avvenisse in passato e ciò a causa del ruolo pervasivo della tecnologia. *Amplius*: D. Lupton, *Il rischio: percezione, simboli, culture*, Bologna 2003; R. Ferrara, *Emergenze e protezione dell'ambiente nella "società del rischio"*, *Foro amm. – Tar*, 20015, 3356 ss.; R. Titomanlio, *op. cit.*, 32 ss.

⁵¹³ Parlamento Europeo, Direzione Generale degli Studi, Direzione A, *STOA Scientific and Technological Options Assesment*, Nota informativa su "I campi elettromagnetici e la salute", n. 05/2011, PE n. 297.563, Febbraio 2011, p.1; Legambiente, *Dossier inquinamento elettromagnetico 2015. Le fonti, le leggi e gli effetti sulla salute: un vademecum per i cittadini*, Roma, 2005, p. 5. *Le fonti, le leggi e gli effetti sulla salute: un vademecum per i cittadini*, Roma, 2005, p. 5.

Si tratta, in particolare, dei sistemi di trasporto dell'energia elettrica, come gli elettrodi, o degli apparati di comunicazione dei segnali radio, televisivi, di telefonia cellulare o di trasmissione satellitare. Tali fonti di emissione hanno portato a discorrere di inquinamento elettromagnetico, locuzione con cui si fa riferimento all'alterazione dei valori del campo magnetico naturale in una determinata porzione di territorio⁵¹⁴.

La ricerca scientifica si è interessata dei potenziali effetti per la salute conseguenti all'esposizione ai campi elettromagnetici. I risultati raggiunti, tuttavia, non sono univoci e consolidati. Vanno distinti, al riguardo, gli studi dedicati alle basse frequenze da quelli relativi alle alte frequenze.

Riguardo alle basse frequenze, i dati epidemiologici hanno evidenziato una certa associazione tra l'esposizione a campi elettromagnetici e l'incremento di casi di leucemia infantile, ma il livello degli studi raggiunti non consente di affermare la certezza scientifica del nesso causale⁵¹⁵.

In relazione alle alte frequenze, invece, i dati scientifici disponibili non consentono di riscontrare un'associazione altamente probabile tra l'esposizione a tali campi e l'insorgenza di malattie⁵¹⁶. Secondo una recente analisi compiuta dalla Commissione Internazionale per la Protezione dalle Radiazioni Non Ionizzanti (ICNIRP)⁵¹⁷, gli studi epidemiologici condotti sugli effetti per la salute umana derivanti dalla esposizione a campi a radiofrequenza non consentono di affermare un'evidenza causale tra tale esposizione ed effetti negativi per la salute. Il documento, peraltro, sottolinea i limiti degli studi fin qui condotti in ordine alla capacità di associazione, soprattutto in relazione alla scarsità dei dati riscontrati e alla

⁵¹⁴ Legambiente, Dossier inquinamento elettromagnetico 2015, cit., p. 16.

⁵¹⁵ Frequenze basse sono quelle al di sotto di 300 Hz. Sorgenti di tali emissioni sono, ad esempio gli elettrodi e le cabine di trasformazione. In sintesi, cfr. Il promemoria dell'Organizzazione Mondiale della Sanità: World Health Organization, Electromagnetic Fields and public health: extremely low frequency fields and cancer, Fact sheet n. 263, October 2015, in <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs263/fr/index.html>>

⁵¹⁶ I campi ad alta frequenza o a radiofrequenza sono caratterizzati da frequenze il cui intervallo è ricompreso tra 10 MHz e 300 GHz; le principali sorgenti sono costituite dalle antenne radiotelevisive, dalle stazioni radio base per la telefonia cellulare e dagli impianti radar. Cfr. International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection (ICNIRP), Standing Committee on Epidemiology, Epidemiology of Health effects of Radiofrequency Exposure, Environmental Medicine v. 112, 17, December 2014, 1741 ss.

⁵¹⁷ International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection (ICNIRP), CIT., P. 1741.

limitatezza delle indagini. La mancanza di studi attendibili sugli effetti a lungo termine, tuttavia, in ragione dell'ampliamento del fenomeno e della sua rilevanza sociale, hanno indotto l'Istituto Superiore di Sanità e l'Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza sul Lavoro a raccomandare l'adozione di politiche cautelative⁵¹⁸.

Infatti, proprio la mancanza di certezze sui danni alla salute, che tali radiazioni possono provocare, non deve essere intesa come assenza assoluta di rischi per la salute stessa e ciò non è ben compreso dalle amministrazioni locali, che molto spesso autorizzano l'installazione "selvaggia" di ripetitori telefonici, senza coinvolgere in modo adeguato gli eventuali terzi interessati, senza alcuna ponderazione degli interessi coinvolti e senza tener conto delle distanze di sicurezza che la normativa vigente prevede a tutela di soggetti terzi che dimorano o lavorano nelle vicinanze. Proprio tali soggetti sono invece spesso preoccupati dagli effetti potenzialmente dannosi derivanti dalla vicinanza a campi elettromagnetici, effetti che potrebbero pregiudicare la salute propria e quella dei propri figli e, proprio per evitare ciò, spesso cercano di interagire con la stessa amministrazione, prima, o con il giudice amministrativo, dopo, al fine di ottenere la rimozione delle fonti inquinanti poste nelle vicinanze⁵¹⁹.

Si vedrà nel prosieguo come proprio il principio di precauzione sia spesso invocato dai terzi a tutela delle proprie posizioni giuridiche pregiudicate da provvedimenti amministrativi che autorizzano l'installazione di impianti potenzialmente pericolosi.

Con riferimento specifico alla tutela del terzi, si è visto che il presupposto necessario per anticipare, di fronte a un provvedimento amministrativo che li pregiudica, la tutela della salute a un momento anteriore al consumarsi del danno, è la differenziazione dell'interesse del terzi stessi.

⁵¹⁸ L'Istituto Superiore di Sanità (ISS) e l'Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza sul Lavoro (ISPESL) hanno adottato un documento congiunto sulla problematica della protezione dei lavoratori e della popolazione dalle esposizioni ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici. Il testo è può essere consultato in <http://www.ispesl.it/informazione/8039f.pdf>.

⁵¹⁹ Cfr. sul punto Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2013, n. 5313; e Tar Lazio Roma, sez. II quater, 10 maggio 2018, n. 5173.

Si consideri il caso in cui le emissioni di un impianto fonte di onde elettromagnetiche superino la soglia di legge consentita e il singolo sia in grado di dimostrare (per es. utilizzando meccanismi di rilevazione adeguati) la sua esposizione a quella fonte di pericolo; in tale ipotesi la sua posizione deve ritenersi differenziata appunto perché intaccata dall'illegittimo esercizio del potere⁵²⁰.

Entro questi limiti si può ipotizzare l'attivazione di una garanzia di tipo inibitorio, proprio facendo leva sul principio di precauzione. Nell'esempio avanzato, l'azionabilità della posizione del terzo coincide, dunque, con il primo contatto materiale con la *res* dannosa: trattandosi di un danno in atto o *in fieri*, il terzo può chiedere davanti al G.A., invocando il principio di precauzione, la inibizione dell'attività potenzialmente dannosa⁵²¹. È proprio nel settore della tutela della salute e dell'ambiente, del resto, che la giurisprudenza legittima con maggiore frequenza una azione inibitoria⁵²², anche laddove sia coinvolta una pubblica amministrazione⁵²³.

Occorre però precisare che l'applicazione di tale principio in relazione a un'attività fonte potenziale di rischio nei confronti di eventuali terzi non implica necessariamente il divieto assoluto di prosecuzione dell'attività stessa⁵²⁴; se così fosse, infatti, il principio in esame si porrebbe in palese

⁵²⁰ Cons. Stato, sez. IV, 2 luglio 2018, n. 4015. Per la dottrina, in particolare v. S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013, 45 ss.

⁵²¹ L'azione inibitoria, come noto, mira a "prevenire per il futuro la ripetizione di atti o la continuazione di un'attività *contra jus*, lesivi cioè dei diritti spettanti ad un soggetto": A. Fregnani, *Inibitoria (azione)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 560.

⁵²² Sulla tutela preventiva in materia ambientale, I. Pagni, *Tutela dell'ambiente in forma individuale e in forma collettiva*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti, *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione-responsabilità-assicurazione*, Napoli, 2012, 246 ss.

⁵²³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, del 3 febbraio 2009, n. 596. Inoltre, Tar Toscana Firenze, Sez. II, del 28 marzo 2014, n. 599 chiaramente si esprime in senso favorevole alla richiesta avanzata dai terzi, proprietari di aree poste nelle vicinanze di un impianto radio telefonico, di annullare l'autorizzazione rilasciata dal Comune alla Compagnia telefonica, sulla base dal fatto che l'impianto potenzialmente pericoloso era posto anche nelle vicinanze di un ospedale e, quindi, a breve distanza di aree "sensibili" individuate dal Regolamento delle emissioni elettromagnetiche approvato dal Comune stesso.

⁵²⁴ Accade comunque spesso che l'attività pericolosa venga inibita in senso assoluto. Cfr. sul punto T.R.G.A. Trentino Alto Adige Bolzano, sent. 22 marzo 2017, n. 106 che ordina la rimozione di un'antenna radio collocata nelle vicinanze di un polo scolastico e di una scuola materna in applicazione del principio di precauzione, allo scopo di minimizzare

contrasto con quello di proporzionalità, in quanto spesso la mera inibizione dell'attività (posta a tutela della salute di certi soggetti o di una certa fascia della popolazione) comporta un sacrificio certamente non "minimo" a carico del titolare esercente l'attività stessa, sacrificio che, invece, ben potrebbe essere minimizzato qualora l'attività venisse sì tollerata, ma localizzando l'impianto in altri siti meno sensibili e imponendo al suo titolare il rispetto di certe condizioni durante lo svolgimento dell'attività stessa⁵²⁵.

3. Quadro normativo di riferimento: l'ordinamento europeo e la disciplina interna.

Con specifico riguardo ai terzi e alla loro esposizione ai campi elettromagnetici si sono registrati diversi interventi a livello internazionale e da parte delle Istituzioni europee.

Al riguardo, occorre fin da ora precisare che, sebbene particolare attenzione sia stata riconosciuta all'esposizione in ambiente lavorativo⁵²⁶ e

l'esposizione ai campi elettromagnetici delle fasce più giovani della popolazione. Da notare che detta installazione era stata autorizzata in violazione del D.P.P. n. 36/2013, il cui art. 3 dispone che "[...] nella realizzazione e nell'esercizio delle infrastrutture per le comunicazioni devono essere rispettate le esigenze di salvaguardia della salute, di sicurezza, di tutela della natura e del paesaggio e delle aree protette, tenendo conto della copertura del territorio e della qualità dei servizi offerti; "[...] per ridurre i campi elettromagnetici, nell'ambito degli insediamenti è tuttavia consentita una maggiore distribuzione degli impianti sul territorio".

⁵²⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3586.

⁵²⁶ In ambito lavorativo vanno richiamate le disposizioni per la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori in relazione ai campi elettromagnetici per le attività svolte su dispositivi provvisti di videoterminali (Direttiva n. 89/391/CEE e successive modifiche) e quelle volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti o in periodo di allattamento (Direttiva n. 92/85/ce). Con riferimento alle prescrizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dai campi elettromagnetici in genere, si segnala, altresì, la Direttiva 2004/40/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004. Tale provvedimento, nell'ambito della prevenzione dei rischi derivanti per i lavoratori dall'esposizione ad agenti fisici, prescrive misure di protezione minime contro i rischi associati ai campi elettromagnetici, al fine di ridurre, nel breve termine, gli effetti per la salute associati a tale esposizione. Per un quadro sintetico di riferimento, M.A. Mazzola, *Le immissioni*, Torino, 2004, 553 ss.

alle immissioni elettromagnetiche provenienti da alcune apparecchiature considerate a rischio⁵²⁷, non è stata peraltro ancora adottata, a livello europeo, una disciplina generale sui campi elettromagnetici inquinanti.

Tra gli atti di indirizzo, con riferimento ai rischi per la popolazione, il Parlamento Europeo ha adottato la Risoluzione del 5 maggio 1994⁵²⁸ sulla lotta contro gli effetti nocivi delle radiazioni non ionizzanti, con cui la Commissione è stata invitata a proporre provvedimenti legislativi allo scopo di limitare l'esposizione dei lavoratori e della popolazione a tali radiazioni.

Nel 1998 l'Organizzazione Mondiale della Sanità emanava un Documento per fare il punto sui dati raccolti in ambito del Progetto Internazionale Campi Elettromagnetici (CEM) avviato già nel 1996 e finalizzato a valutare nel loro complesso gli effetti sanitari dovuti all'esposizione a campi elettromagnetici per scopi individuali e commerciali e a individuare certe soglie che non potevano essere superate⁵²⁹.

Sempre nel 1998 l'ICNIRP (Commissione Internazionale per la Protezione dalle Radiazioni Non Ionizzanti) predispose delle linee guida al fine di evitare qualsiasi tipo di danno noto, sia a breve che a lungo termine, provocato dall'esposizione⁵³⁰.

Alla Risoluzione del 1994 è seguita poi la Raccomandazione del

⁵²⁷ Direttiva 89/336/CEE del Consiglio del 3 maggio 1989, in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relativa alla compatibilità elettromagnetica, modificata ed integrata dalla Direttiva 92/31/CEE del Consiglio del 28 aprile 1992.

⁵²⁸ Risoluzione del 5 maggio 1994 sulla lotta contro gli inconvenienti provocati dalle radiazioni non ionizzanti, pubblicata sulla "G.U.C.E.", 25 luglio 1994, n. C, p. 205.

⁵²⁹ Gli studi realizzati dall'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) escludevano un danno apprezzabile alla salute come effetto all'esposizione delle radiazioni a bassa frequenza, e evidenziavano effetti di natura termica in quelle a radiofrequenza in quanto la penetrazione delle onde nei tessuti biologici viene depositata negli stessi sotto forma di calore. Viceversa, sulle microonde l'OMS aveva verificato se ad una dose continua di radiazioni potessero seguire effetti di natura tumorale sui corpi: allo stato attuale non sono stati evidenziate possibili conseguenze patologiche associabili a esposizioni continuate.

⁵³⁰ Dalle linee guida emerge chiaramente il fatto che tali radiazioni sono potenzialmente pericolose per l'organismo, ma che, allo stato attuale, non si conoscono con precisione tutti i possibili effetti sull'uomo; tuttavia, si precisa che le stesse linee guida sono basate su tutte le conoscenze all'epoca disponibili e sono state redatte al fine di garantire una certa protezione contro tutti gli effetti nocivi accertati. L'Istituto continua ad emanare note informative allo scopo di evidenziare i rischi legati all'elettrosmog e al fine di individuare certe soglie cautelative di cui ne devono tenere conto gli Stati membri nell'emanazione delle leggi di settore.

Consiglio del 12 luglio 1999, relativa alla limitazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici (1999/519/CE). Il documento, pur non avendo efficacia vincolante, negli allegati fa riferimento a limiti e a livelli di esposizione che gli Stati membri sono invitati ad attuare e a rispettare, con l'intenzione di incidere sulla normativa vigente attraverso l'indicazione di linee guida⁵³¹.

Le organizzazioni ambientaliste hanno da sempre ritenuto però troppo alte tali soglie, considerate invece sufficientemente cautelative dall'OMS e dall'Unione Europea.

Nel 2001 lo Studio del Parlamento Europeo sui danni alla salute derivanti dall'elettrosmog dimostra come sia difficile stabilire gli effetti a lungo termine sul corpo umano dall'esposizione alle radiazioni elettromagnetiche, essendo troppo recenti gli studi effettuati in materia⁵³².

Nell'ordinamento interno, la legislazione di riferimento è costituita dalla legge 22 febbraio 2001, n. 36, legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici⁵³³. Tale

⁵³¹ Gli Stati membri sono stati invitati, a tal fine, ad elaborare relazioni sull'esperienza acquisita attraverso i provvedimenti adottati nel settore oggetto della Raccomandazione e ad informare la Commissione dopo un periodo di tre anni dalla data di adozione del provvedimento, indicando in che modo essi ne hanno tenuto conto nel formulare i propri provvedimenti.

⁵³² Lo afferma la nota informativa della Direzione Generale degli Studi del Parlamento Europeo (Nota STOA 05/2001), che precisa tuttavia che i rischi per la salute sono numerosi e che l'unico certo rimedio consiste nell'allontanarsi dalle fonti di produzione.

⁵³³ Prima dell'approvazione della legge quadro, il fenomeno dei campi elettromagnetici era stato oggetto di isolati interventi normativi da parte del legislatore nazionale. Riguardo alle sorgenti a bassa frequenza, la normativa di riferimento è stata costituita per lungo tempo da decreti ministeriali adottati ai sensi della legge n. 349/1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente. In tale prospettiva, il primo provvedimento che tiene conto dei possibili effetti sulla salute derivanti da campi elettromagnetici generati da linee elettriche è il d.m. 16 gennaio 1991, che stabilisce nuovi criteri per l'individuazione dell'altezza dei conduttori sul terreno e in tema i distanze dai fabbricati. Successivamente, a modifica dei criteri già adottati, è stato emanato il d.p.c.m. 23 aprile 1992, riguardante i limiti massimi di esposizione ai campi elettromagnetici generati negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno, a sua volta integrato dal d.p.c.m. 28 settembre 1995. Riguardo ai campi elettromagnetici ad alta frequenza è il d.m. 10 settembre 1998, n. 381, che contiene norme per la determinazione dei tetti di radiofrequenza compatibili con la salute umana. Tale regolamento, che dà attuazione all'art. 1, comma 6, legge 31 luglio 1997, n. 249, provvede a fissare limiti di esposizione, misure di cautela e ad indicare le procedure per il conseguimento degli obiettivi di qualità ai fini della tutela sanitaria della popolazione con riferimento ai campi elettromagnetici connessi al funzionamento e all'esercizio dei sistemi fissi delle telecomunicazioni e radiotelevisivi. A livello nazionale, va segnalata la legge 20

disciplina è stata la prima nel nostro ordinamento, come si preciserà meglio in seguito, ad aver espressamente richiamato il principio di precauzione come strumento di tutela a favore della popolazione esposta a fonti di produzione di radiazioni elettromagnetiche⁵³⁴.

Ad essa si affiancano poi le discipline regionali di settore, richiamate dalla stessa legge quadro⁵³⁵.

Sempre nel 2001, poi, interviene il T.U. Edilizia che, all'art. 3, comma 1, lett. e.4) prevede che *"l'installazione di torri e tralicci per impianti radio-ricetrasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione"* rientrano tra gli *"interventi di nuova costruzione"*, che, in quanto tali, ai sensi dell'art. 10 del medesimo T.U., sono subordinati a permesso di costruire. Il successivo art. 11 precisa che *"Il rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti dei terzi"*.

Continuando l'*excursus* normativo si evidenzia che nel 2002 è stato emanato il d.lgs. n. 198 del 2002 (il c.d. decreto Gasparri), che ha iniziato ad introdurre norme meno restrittive e maggiore libertà nel posizionamento di ripetitori per la telefonia mobile sul territorio nazionale⁵³⁶. La legge

marzo 2001, n. 667, che ha convertito con le modifiche il d.l. 23 gennaio 2001, n. 5. In tema di disposizioni urgenti per il differimento dei termini in materia di trasmissioni radio televisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento degli impianti radiotelevisivi. La disciplina ha previsto il trasferimento degli impianti che superano i limiti fissati nei siti individuali, prevedendo una sanzione amministrativa pecuniaria in caso di inottemperanza all'ordine di riduzione a conformità. L. Ramacci, *"Nuovi" inquinamenti : l'inquinamento elettromagnetico*, *"Giur. merito"*, 2003, 577 ss.; R. Catalano, *Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona. Elettrodi ed antenne per telecomunicazioni*, Napoli, 2005, 1 ss.

⁵³⁴ Si consideri l'art 1. della legge n. 36 del 2001 che, alla lettera b) chiaramente chiarisce che *"La presente legge ha lo scopo di dettare i principi fondamentali diretti a: promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del trattato istitutivo dell'Unione Europea"*

⁵³⁵ Si consideri l'art 3. della legge quadro, che alla lett. d), dispone che *"Obiettivi di qualità sono i criteri localizzativi, gli standard urbanistici, le prescrizioni e le incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili, indicati dalle leggi regionali secondo le competenze definite dall'articolo 8"*. Si consideri, in particolare, la legge n. 30 del 2000 della Regione Emilia Romagna che, già prima dell'adozione della stessa legge quadro, prevedeva apposite norme per la tutela della salute e la salvaguardia dell'ambiente dall'inquinamento elettromagnetico.

⁵³⁶ Una legge, quella voluta dal Ministro per le telecomunicazioni, che fissa in 70 metri la distanza minima dei ripetitori dalle abitazioni e che chiama l'ARPA a dare il nulla osta al posizionamento.

governativa, volta ad “accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese”, riconosce le infrastrutture di telecomunicazione di interesse nazionale, considerandole di importanza pari alle opere di urbanizzazione primaria (strade, fogne, illuminazione pubblica, etc.). Inoltre, esse sono ritenute compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e quindi possono essere realizzate in ogni parte del territorio comunale (sia in zona residenziale sia in zona industriale). I Comuni possono definire le aree più idonee all’installazione degli impianti e quelle, invece, da escludere per motivi ambientali e paesaggistici.

Nel 2003 entra in vigore il Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259 del 2003), il cui art. 81, comma 1, stabilisce che gli organismi tecnici deputati al controllo delle radiazioni elettromagnetiche, ossia le Agenzie regionali per la protezione dell’ambiente, procedono alla rilevazione dei limiti di emissione prima che gli impianti vengano attivati e ciò al fine di stabilire se il volume complessivo delle emissioni prodotte da tutti gli impianti insistenti sullo stesso sito risulti superiore ai limiti legali⁵³⁷.

Il Codice precisa poi che tali impianti sono installati su autorizzazione dell’ente locale e che, se una amministrazione interessata abbia espresso motivato dissenso, il responsabile del procedimento convoca, entro trenta giorni dalla data di ricezione della domanda, una conferenza di servizi, alla quale prendono parte i rappresentanti delle Amministrazioni degli Enti locali interessati, nonché dei soggetti preposti ai controlli di cui all’articolo

⁵³⁷ Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 12 settembre 2006, n. 4412 che richiama espressamente l’art. 87 del Codice :1. *L’installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici e la modifica delle caratteristiche di emissione di questi ultimi e, in specie, l’installazione di torri, di tralicci, di impianti radio-trasmittenti, di ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche mobili GSM/UMTS, per reti di diffusione, distribuzione e contribuzione dedicate alla televisione digitale terrestre, per reti a radiofrequenza dedicate alle emergenze sanitarie ed alla protezione civile, nonché per reti radio a larga banda punto-multi punto nelle bande di frequenza all’uopo assegnate, viene autorizzata dagli Enti locali, previo accertamento, da parte dell’Organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all’articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità, stabiliti uniformemente a livello nazionale in relazione al disposto della citata legge 22 febbraio 2001, n. 36, e relativi provvedimenti di attuazione.*

2. *L’istanza di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di cui al comma 1 è presentata all’Ente locale dai soggetti a tale fine abilitati. Al momento della presentazione della domanda, l’ufficio abilitato a riceverla indica al richiedente il nome del responsabile del procedimento.*

14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, ed un rappresentante dell'Amministrazione dissenziente⁵³⁸.

Lo stesso Codice aggiunge, al comma 9, così come modificato dalla legge n. 111 del 2011, che le istanze di autorizzazione relative ai suddetti impianti si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36⁵³⁹.

Questa disciplina è stata poi oggetto di una complessiva rivisitazione a seguito dell'entrata in vigore della legge di riforma del Titolo V della Costituzione⁵⁴⁰, che riserva allo Stato l'ambito della "tutela dell'ambiente,

⁵³⁸ Ai sensi dell'art. 87, comma 2 del Codice: "L'istanza di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di cui al comma 1 è presentata all'Ente locale dai soggetti a tale fine abilitati. Al momento della presentazione della domanda, l'ufficio abilitato a riceverla indica al richiedente il nome del responsabile del procedimento". Ai commi 6, 7 e 8 si precisa che: "Nel caso una Amministrazione interessata abbia espresso motivato dissenso, il responsabile del procedimento convoca, entro trenta giorni dalla data di ricezione della domanda, una conferenza di servizi, alla quale prendono parte i rappresentanti delle Amministrazioni degli Enti locali interessati, nonché dei soggetti preposti ai controlli di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, ed un rappresentante dell'Amministrazione dissenziente". La conferenza di servizi deve pronunciarsi entro trenta giorni dalla prima convocazione. L'approvazione, adottata a maggioranza dei presenti, sostituisce ad ogni effetto gli atti di competenza delle singole Amministrazioni e vale altresì come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori. Della convocazione e dell'esito della conferenza viene tempestivamente informato il Ministero. Qualora il motivato dissenso, a fronte di una decisione positiva assunta dalla conferenza di servizi, sia espresso da un'Amministrazione preposta alla tutela ambientale, alla tutela della salute o alla tutela del patrimonio storico-artistico, la decisione è rimessa al Consiglio dei Ministri e trovano applicazione, in quanto compatibili con il Codice, le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni".

⁵³⁹ Cfr. i commi 9 e 10 del Codice: "Le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36. Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma. Le opere debbono essere realizzate, a pena di decadenza, nel termine perentorio di dodici mesi dalla ricezione del provvedimento autorizzatorio espresso, ovvero dalla formazione del silenzio-assenso".

⁵⁴⁰ Cfr. Corte Cost. 7 ottobre 2003, n. 307, in Foro it., 2004, I, p. 1365 e Corte Cost. 7 novembre 2003, n. 331, *ibidem*, 1364 ss.; M. Miglioranza, L'inquinamento elettromagnetico ed il nuovo titolo V della Costituzione, in S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari (a cura di), Il governo del territorio, Milano, 2003, 460 ss.

dell'ecosistema e dei beni culturali" (art. 117, comma 2, lett. s), mentre attribuisce alla legislazione concorrente (art. 117, comma 3) la "tutela della salute", il "governo del territorio", la valorizzazione dei beni culturali e ambientali" e il "trasporto e distribuzione nazionale dell'energia"⁵⁴¹. Nel sistema vigente, delineato dalla legge n. 36 del 2001, allo Stato spetta il compito di determinare gli standard di protezione in considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee. Si tratta dei limiti di esposizione, che non devono essere superati in alcuna condizione, definiti allo scopo di prevenire i possibili effetti a lungo termine, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità. Tali valori-soglia sono specificati da due decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri⁵⁴².

Numerosi sono anche i regolamenti comunali che sono stati emanati dai vari Comuni in materia di elettrosmog sulla base di quanto previsto dall'art. 8, comma 6, della legge sopra citata n. 36 del 2001⁵⁴³. Si consideri, ad esempio, il Regolamento del Comune di Roma del 2015 per la localizzazione e l'installazione di impianti di telefonia mobile che, come finalità, si propone la tutela della salute umana dagli effetti dell'esposizione ai campi elettromagnetici. In particolare, l'art. 4 del predetto Regolamento stabilisce che *"Fermo restando il rispetto dei limiti di esposizione stabiliti per legge, nel*

⁵⁴¹ Riguardo ai rapporti tra legislazione nazionale e regionale, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente e, pertanto, è vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato. Ne consegue che la definizione a livello nazionale dei valori-soglia non è derogabile dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresentando tale scelta il punto di equilibrio fra due esigenze contrapposte e cioè, da una parte, quella di evitare al massimo l'impatto sui terzi delle immissioni elettromagnetiche e, dall'altra, quella di realizzare infrastrutture e piattaforme di comunicazione necessarie per lo sviluppo del Paese. Spetta, invece, alle Regioni e agli enti territoriali il compito di regolare l'uso del proprio territorio, "purché criteri localizzativi e standard urbanistici rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non sino tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi".

⁵⁴² Il primo dei due decreti è il d.p.c.m. 8 luglio 2003, pubblicato in G.U. 28 agosto 2003, n. 199. che concerne i campi elettrici e magnetici generati a frequenze comprese tra 100 khz e 300 Ghz, mentre l'altro riguarda la frequenza di rete (50 hz) generata dagli elettrodi (d.p.c.m. 8 luglio 2003, pubblicato in G.U. 29 agosto 2003, n. 200).

⁵⁴³ Il comma 6 dell'art. 8 stabilisce che *"I comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici"*.

rispetto del principio di precauzione, qualsiasi localizzazione deve tendere alla minimizzazione dell'esposizione umana alle onde elettromagnetiche ed è fatto divieto di installare impianti su siti sensibili, quali ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido, parco giochi, ad una distanza inferiore a 100 metri, calcolati dal bordo del sistema radiante al perimetro esterno".

Da quanto sopra esposto emerge chiaramente che quelle finora esaminate sono norme pubblicistiche che, nel disciplinare tale fattispecie, impongono, tra l'altro, anche il rispetto di precisi valori limite di inquinamento a tutela di interessi individuali di soggetti terzi che potrebbero eventualmente essere pregiudicati dalla gestione di tali impianti⁵⁴⁴. Evidentemente, come si avrà occasione di approfondire in seguito, non si tratta di terzi qualsiasi, ma di soggetti terzi che si trovano in una posizione particolare rispetto alla ubicazione di tali impianti (proprietari limitrofi o titolari di altri diritti reali su terreni confinanti)⁵⁴⁵.

4. Principio di precauzione, elettrosmog e problemi di tutela dei terzi.

4.1. Origini del principio di precauzione e suo sviluppo all'interno dell'Unione Europea.

In materia di elettrosmog si vedrà come il principio di precauzione sia spesso invocato dai terzi per domandare, innanzi al G.A., una tutela di tipo inibitorio, al fine di ottenere la rimozione o la temporanea disattivazione di

⁵⁴⁴ Si pensi anche alla legge quadro sull'inquinamento acustico n. 447/1995 così come integrata dal DPCM 14 novembre 1997 sulla determinazione dei valori limite delle sorgenti sonore, che prevedono precisi valori limite di inquinamento acustico; oppure si considerino le norme che disciplinano la sicurezza degli impianti sotto il profilo delle distanze da centri abitati, corsi d'acqua, etc., distanze che le Amministrazioni devono controllare al momento del rilascio di un'autorizzazione. Si veda, altresì, l'art 32, comma 1, della legge regionale veneta n. 3/2000, in materia di gestione di rifiuti, ai sensi del quale "le discariche per rifiuti urbani e per rifiuti speciali devono distare dagli edifici destinati ad abitazione almeno 150 metri qualora trattasi di discariche per soli rifiuti secchi, a 250 metri negli altri casi. In questi casi la legge riconosce meritevoli di tutela solo quegli interessi di coloro che risiedono entro la distanza minima indicata, i quali possono agire per lamentare la violazione di quella determinata distanza, posta a garanzia del loro diritto.

⁵⁴⁵ Cfr., tra l'altro, Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 245; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2012, n. 2460.

impianti potenzialmente pericolosi per la salute. In particolare, tali terzi fanno valere dinnanzi al G.A. la violazione di norme pubblicitiche che prendono in specifica considerazione il loro interesse a non subire effetti pregiudizievoli per la salute a seguito della prolungata esposizione a radiazioni elettromagnetiche. Si vedrà, infatti, come lo stesso principio sia stato accolto dallo stesso legislatore che, nell'emanazione delle norme pubblicitiche volte a regolamentare il fenomeno dell'elettromagnetismo, ha previsto in via cautelativa, proprio sulla base del principio di precauzione, precise soglie limite di inquinamento o precisi limiti distanziali che non possono essere superati e ciò proprio a tutela dei terzi che potrebbero essere eventualmente pregiudicati dalla gestione di certi impianti potenzialmente pericolosi autorizzati dall'amministrazione locale.

In particolare, il principio di precauzione è alla base di numerose pronunce da parte della Corte di giustizia europea⁵⁴⁶ e della stessa giurisprudenza italiana⁵⁴⁷ e in tutti i casi tale principio è previsto per tutelare il diritto alla salute dei terzi pregiudicato a seguito dell'illegittimo esercizio del potere amministrativo nei casi in cui non ci sia assoluta certezza scientifica sui pericoli derivanti dall'esercizio di una certa attività.

Elaborato nel corso degli anni Settanta dalla dottrina tedesca⁵⁴⁸, il principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip*) assurge a elemento cardine della politica ambientale, prima nell'ambito dell'ordinamento tedesco, poi sul piano internazionale⁵⁴⁹ e comunitario⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Cfr. tra l'altro Corte di giustizia, 12 febbraio 2005 Agrarproduktion Staebelow, C-504/04, punto 49 e Corte di giustizia, 17 dicembre 1981, C-272/80, Franz-Nederlandse Maatschappij VoorBiologische Producten, in Racc., 1981, 3277 (punto 13); cfr. altresì Corte di giustizia, sez. III, 13 settembre 2017, n. C-111/16 e Corte di giustizia, 21 marzo 2000, C-6/9, in Foro it., 2001, IV, 29 ss.

⁵⁴⁷ Cons. Stato, sez. III, del 6 febbraio 2005, n. 605. Tar Calabria Catanzaro, Sez. I, 13 febbraio 2017, n. 219; Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9404; Tar Puglia Bari, Sez. I, 12 gennaio 2016, n. 10.

⁵⁴⁸ Sul tema, in generale, S. Grassi, Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo, "Diritto e gestione dell'ambiente", 2001, 37 ss. A. Gragnani, Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future, "Riv. dir. civ." 2003, II, p. 9 ss.; R. Titomanlio, Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano, op. cit., 67 ss.

⁵⁴⁹ T. Scovazzi, Sul principio di precauzione nel diritto internazionale dell'ambiente, in Riv. dir. int., 1992, p. 699 ss.; R. Titomanlio, Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano, op. cit., 112 ss.

Proprio in Germania negli anni Settanta veniva approvata una legge che imponeva al soggetto pubblico di evitare i danni ambientali mediante un'adeguata pianificazione o prevenzione delle attività ritenute potenzialmente dannose⁵⁵¹. Ma è senz'altro a livello di diritto internazionale, sempre in materia ambientale, che si acquista consapevolezza della problematicità legata alle decisioni da assumere in assenza di certezza scientifica. Ed infatti sono numerose le Convenzioni internazionali che espressamente citano il principio di precauzione che è visto come il "prodotto forse più nuovo e originale del diritto internazionale dell'ambiente"⁵⁵².

In una prima accezione "ampia", al principio di precauzione è stato assegnato il divieto di ogni attività potenzialmente dannosa⁵⁵³.

⁵⁵⁰ F. Bruno, Il principio di precauzione tra diritto dell'Unione europea e WTO, Dir. giur. Agr., 2000, 569 ss.; T. Marocco, Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità Europea, Riv. it. dir. pubb. Comunitario, 2003, 1233 ss.

⁵⁵¹ Nell'ordinamento tedesco era stato concepito come parte di un programma politico teso a promuovere uno sviluppo eco sostenibile per rispondere innanzitutto al fenomeno delle piogge acide (H.M. Beyer, Das Vorsorgeprinzip in der Umweltpolitik, Ludwigsburg-Berli, 1992, 29) e nella prima metà degli anni Settanta è sancito dalla legislazione sull'impiego dell'energia nucleare e sulla tutela dalle immissioni inquinanti nell'atmosfera: art. 7, comma 1, n. 3, della "Legge sull'impiego pacifico dell'energia nucleare" che subordina la concessione per la produzione di energia atomica all'adozione di tutte le precauzioni necessarie, in base allo stato della scienza e della tecnica, contro i danni che possono essere cagionati attraverso la costruzione e il mantenimento dell'impianto". In dottrina vedi anche A. Zei, Il principio di precauzione: programma, regola, metodo, in R. Bifulco-A. D'Aiola (a cura di), Un diritto per il futuro, Jovene, Napoli, 2008.

È in documenti internazionali, comunque, che il principio di precauzione inizia ad assumere contorni più netti. Nella "Dichiarazione su "Ambiente e sviluppo", approvata nella Conferenza delle Nazioni Unite di Rio de Janeiro del 1992 trattando del principio di precauzione si parla di "assenza di piena certezza scientifica" e "misure preventive economicamente efficaci".

⁵⁵² M. Montini, La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario, Milano, 2001, 39 ss.

⁵⁵³ Così, la Convenzione sulla protezione del Mar Baltico del 22 marzo 1974 dispone che gli Stati "must adopt a precautionary approach and not wait for full and undisputed scientific proof and harmful effect before taking actions to prevent and abate pollution". Ed anche nella dichiarazione ministeriale adottata a conclusione della III conferenza internazionale sulla protezione del Mare del Nord del 1990 si afferma che "i Governi firmatari devono adottare il principio di precauzione, vale a dire adottare misure volte ad evitare gli impatti potenzialmente nocivi di sostanze tossiche, anche quando non ci sono prove scientifiche dell'esistenza di un nesso causale tra le emissioni e gli effetti". In dottrina vedi D. Amirante, il principio precauzionale tra scienza e diritto, in Dir. gest. amb., 2001, 16 ss.; M. Antonioli, Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa, in Riv. dir. pubb. comun., 2007, 26 ss.

Il documento più significativo è a questo proposito rappresentato dal Principio n. 15 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, secondo cui “al fine di tutelare l’ambiente, gli Stati adotteranno ampiamente un approccio cautelativo in conformità alle proprie capacità. Qualora sussistano minacce di danni gravi e irreversibili, la mancanza di una completa certezza scientifica non potrà essere addotta come motivo per rimandare iniziative costose in grado di prevenire il degrado ambientale”⁵⁵⁴.

Nell’ordinamento europeo è con il Trattato di Maastricht che il principio di precauzione viene inserito tra i principi fondamentali della politica europea in materia ambientale, accanto al principio di prevenzione, al principio di correzione alla fonte dei danni causati all’ambiente e al principio chi inquina paga⁵⁵⁵.

Se inizialmente formulato con riferimento alla sola politica ambientale, il principio in questione ha assunto, in ragione degli esiti della giurisprudenza europea, la valenza di principio generale chiamato a trovare applicazione “in tutti quei casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indichi che vi siano ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull’ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l’elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità”⁵⁵⁶.

Bisogna però evidenziare che anche a livello dell’ordinamento europeo non si rinviene una definizione normativa del principio di precauzione (nonostante il generale riconoscimento di principio generale del diritto europeo, chiamato a garantire un elevato livello di protezione dell’ambiente, della salute e dei consumatori)⁵⁵⁷.

È infatti alla Commissione dell’Unione europea che si deve il merito di

⁵⁵⁴ Ma vedi anche il Principio n. 10 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, ove si afferma che “la mancanza di una completa certezza scientifica non potrà essere addotta come motivo per rimandare iniziative”.

⁵⁵⁵ L’art. 174 TCE (oggi 191 TFUE) afferma che la politica ambientale dell’Unione Europea è fondata anche sul principio di precauzione.

⁵⁵⁶ Corte di giustizia, 22 febbraio 2010, Gowan Comércio Internacional e Servicos, C-77/09, punto 82.

⁵⁵⁷ A. Zei, Principio di precauzione, cit., 11 ss. Per una più ampia prospettiva A. von Bogdandy, I principi fondamentali dell’Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

aver allargato l'ambito di applicazione del principio, non più riferito solo all'ambiente, ma anche alla salute dell'uomo. La stessa Commissione ha nel tempo precisato che il ricorso al principio di precauzione deve avvenire "nell'ambito di una strategia strutturata di analisi dei rischi, comprendente tre elementi: valutazione, gestione e comunicazione del rischio"⁵⁵⁸.

Rilievo particolare riveste la Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000 sul ricorso al principio di precauzione che raccoglie regole e condizioni elaborate dalla prima giurisprudenza: in essa il principio è espressamente elevato a principio generale dell'ordinamento, capace ben al di là dell'ambito della politica ambientale per cui è contemplato dall'art. 191 TFUE (*ex art. 174*). Secondo quanto si legge nella Comunicazione, infatti, "esso trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità"⁵⁵⁹.

L'acquisizione dei dati scientifici costituisce dunque la necessaria premessa, da cui non può non muovere ogni decisione fondata sul principio di precauzione. A ben riflettere, qualunque decisione amministrativa deve giungere a valle di una completa e adeguata istruttoria (pena il rischio di decisioni arbitrarie o irrazionali), ma tale considerazione acquista peculiare significato con riguardo specifico ai casi di incertezza scientifica, giacché gli organi chiamati ad adottare la relativa decisione devono acquisire una piena consapevolezza del livello di incertezza collegato ai risultati della

⁵⁵⁸ Secondo la Commissione il principio di precauzione deve essere utilizzato dal responsabile amministrativo con riguardo alla fase di gestione del rischio e non deve essere confuso con l'elemento di prudenza rimesso agli scienziati nella valutazione dei dati scientifici.

⁵⁵⁹ Nel documento della Commissione il procedimento precauzionale viene strutturato secondo due distinti momenti, relativi alla valutazione del rischio (in presenza, cioè di un accertamento di rischio potenziale dell'attività in questione e in assenza di dati scientifici, alla scienza spetta il compito di proporre ai decisori politici opinioni sulla situazione di rischio) e alla gestione del rischio (l'analisi del rischio, cioè, costituisce il presupposto per un'azione precauzionale idonea a garantire un livello elevato di tutela della salute che l'Unione persegue in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio. In dottrina cfr. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, RIDPC, 2007, 60; De Leonardis, *Principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005.

valutazione delle informazioni scientifiche disponibili⁵⁶⁰.

Il principio di precauzione è funzionale innanzitutto a valutare se sia o meno necessario agire (e, cioè, adottare misure restrittive di una libertà economica) e, in caso di risposta positiva, le relative misure devono essere proporzionali al prescelto livello di protezione, non discriminatorie e coerenti con misure analoghe già adottate, basate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri dell'azione o dell'inazione⁵⁶¹ e sempre soggette a revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici⁵⁶².

L'individuazione del giusto equilibrio e, cioè, l'adozione di misure proporzionate, non discriminatorie, trasparenti e coerenti, oltre che capaci di garantire il livello di protezione prestabilito, richiede un processo decisionale capace di acquisire informazioni particolareggiate e obiettive⁵⁶³.

In estrema sintesi, esso esprime l'idea secondo cui, in presenza di un rischio di danno grave e irreversibile all'ambiente o alla salute, l'assenza di certezze nell'ambito delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento disponibili non deve ritardare l'adozione di misure effettive e proporzionate, dirette a prevenire il verificarsi di tale pregiudizio. Secondo il metodo precauzionale, dunque, è necessario privilegiare azioni preventive e connotate da una certa prudenza al fine di eliminare, nella misura ritenuta

⁵⁶⁰ Per la Commissione ricade sull'organo politico responsabile il "dovere di trovare risposte" di fronte ad un rischio inaccettabile, all'incertezza scientifica e alle preoccupazioni della popolazione".

⁵⁶¹ La Commissione specifica che " con riferimento all'esame dei vantaggi e degli oneri, la portata dell'analisi costi/benefici è molto ampia e comprende non solo considerazioni economiche, ma anche non economiche, quali l'efficacia delle possibili azioni e la loro accettabilità da parte del pubblico. Nell'effettuare tale analisi, si dovrà tener conto del principio generale e della giurisprudenza della corte di giustizia, per cui la protezione della salute ha la precedenza sulle considerazioni economiche".

⁵⁶² P. Savona, Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, 355 ss.; L. Butti, Principio di precauzione, *Codice dell'Ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, fasc. 6, 809 ss.; G. Di Cosimo, Corte Costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione, in *forum costituzionale. it*, n. 3/2015; A. Zei, Principio di precauzione, cit. 25; G. Monaco, Dal Consiglio di Stato quasi un decalogo sull'applicazione del principio di precauzione. Nota a Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, 6250, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, 551 ss.

⁵⁶³ La Commissione ricorda che l'adozione di misure precauzionali discende dalla esistenza di "condizioni in cui le informazioni scientifiche sono insufficienti, non conclusive e vi sono indicazioni che i possibili effetti sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, sugli animali e sulle piante possono essere potenzialmente pericolosi e incompatibili con il livello di protezione prescelto" ma, nonostante tale incompletezza, è necessario acquisire i relativi dati scientifici.

possibile, i rischi prospettati.

Affermatosi in ambito internazionale e poi sviluppatosi attraverso gli studi della Commissione dell'Unione Europea il principio di precauzione ha poi trovato applicazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁶⁴.

Ma è dal 1998 in poi che la Corte di giustizia utilizza per la prima volta in maniera espressa il principio di precauzione, giustificando la misura di cautela adottata sulla base di "prove scientifiche insufficienti, non conclusive o incerte" e basata sul timore di rischio potenziale o di probabile danno⁵⁶⁵.

Oggi il principio di precauzione è esplicitamente definito dal giudice europeo come principio generale che obbliga le autorità competenti ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire alcuni rischi potenziali per la sanità, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi all'interesse economico⁵⁶⁶.

Successivamente, tale principio è stato precisato meglio dalla stessa Corte di Giustizia, che ha spiegato come esso consenta l'applicazione di misure restrittive nel caso di probabilità di un danno per la salute pubblica, anche qualora sia impossibile determinare con certezza l'esistenza o la gravità dei rischi⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ È opportuno sottolineare che le prime pronunce della Corte in materia di "precauzione" hanno riguardato sì la tutela della salute, ma nell'ambito del commercio di medicinali: cfr. per esempio le decisioni *Artegodan GmbH c. Commissione* (TPG UE, 26 novembre 2002, T-74/00, Racc. 2002, II – 4945); *Solvey Pharmaceutical BV c. Consiglio dell'Unione Europea* (TPG UE, 21 ottobre 2003 C- 236/01, FI 2004, VI, 245). Già da tali pronunce appare evidente che, secondo la Corte, l'amministrazione che intenda adottare una misura precauzionale deve, innanzitutto, effettuare una valutazione del rischio (*riskassessment*) per poi emanare, su tale base, la decisione precauzionale di gestione del rischio stesso (*riskmanagement*), che deve risultare appropriata, idonea cioè a raggiungere l'obiettivo e tale da non comportare un eccessivo sacrificio degli altri interessi coinvolti. Tra le altre pronunce: Corte Giust. 20 marzo 2003, causa C-3/00, "Foro it." 2003, IV, c. 552; Corte Giust., 9 giugno 2005, causa C-270/03, "Foro it.", 2005, IV, c. 349.

⁵⁶⁵ La sentenza è quella relativa al caso della mucca pazza e la misura di cautela riguardava nello specifico il divieto di esportazione di carni bovine e loro derivati dalla Gran Bretagna: vedi Corte di giustizia, 5 maggio 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, in Racc., I-2211 (e in *Foro it.*, 1998, IV, 449).

⁵⁶⁶ Così esplicitamente Tribunale CE, sez. II ampliata, 26 novembre 2002, in cause riunite T-74/00 e altre, *Artegodan*, punto 184.

⁵⁶⁷ Cfr. Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, C-157/14, *Neptune Distribution*, punto 81.

La Corte di giustizia, in una copiosa giurisprudenza⁵⁶⁸, ha ulteriormente sviluppato l'interpretazione dei fattori che attivano il ricorso al principio di precauzione e ha precisato che la corretta applicazione del principio presuppone che la valutazione dei rischi effettuata dalle autorità nazionali competenti deve essere basata su "indizi specifici", i quali, pur non riuscendo a superare la situazione di incertezza scientifica, consentono "ragionevolmente" di concludere, sulla base dei dati scientifici disponibili ritenuti maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, nel senso della sussistenza di un livello di rischio tale da rendere necessarie misure di tutela dell'ambiente e della salute⁵⁶⁹.

Il principio di precauzione viene quindi recepito a livello comunitario con l'art. 130 R del Trattato di Maastricht, che stabilisce che la politica della Comunità in materia ambientale è fondata, fra l'altro, sui principi di precauzione e dell'azione preventiva e richiede che le politiche comunitarie siano integrate con le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente. Con la versione consolidata del Trattato (disposta con il Trattato di Amsterdam) il principio trova consacrazione dapprima nell'art. 174, per. 2, Trattato CE) e oggi nell'art. 191 TFUE.

4.2. Principio di precauzione e ordinamento italiano.

Nell'ordinamento interno, il d. lgs. n. 152 del 2006 aveva già introdotto un richiamo generale al principio di precauzione nell'art. 301, comma 1⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Vedi Corte di giustizia, 12 gennaio 2006, Agrarproduktion Staebelow, C-504/04, punto 40; cfr. altresì Corte di giustizia, sez. III, 13 settembre 2017, n. C-111/16 e Corte di giustizia, 21 marzo 2000, C-6/9, in Foro it., 2001, IV, 29 ss.

⁵⁶⁹ Vedi Corte di giustizia, 17 dicembre 1981, C-272/80, Franz-Nederlandse Maatschappij Voor Biologische Producten, in Racc., 1981, 3277 (punto 13); Id., 10 dicembre 1985, 247/84, Motte, in Racc., 1985, I 5121 (par. 33); 9 settembre 2003, Monsanto Agr. it. C. Presidenza del Consiglio dei Ministri, C-236/01, in Racc., 2003, I 8105 (punto 111); Id. Sez. III, sentenza del 2 dicembre 2004, Commissione c/ Regno dei Paesi Bassi, C-41/02 (punto 49).

⁵⁷⁰ Secondo l'art. 301: "*In applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione*". L'applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva. L'operatore interessato, quando emerga il rischio suddetto, deve informarne senza indugio, indicando tutti gli aspetti pertinenti alla situazione, il comune, la provincia, la regione o la provincia autonoma nel cui territorio si

L'art. 304 "(Azione di prevenzione)" dello stesso decreto prevede che quando un danno ambientale non si sia ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che esso si verifichi, l'operatore interessato deve adottare "entro ventiquattro ore e a proprie spese le necessarie misure di messa in sicurezza"⁵⁷¹.

Il principio di precauzione è oggi esplicitamente affermato nell'art. 3-ter del Testo Unico in materia ambiente (Codice dell'ambiente, approvato con il sopra citato d. lgs. n. 152 del 2006) introdotto con il d. lgs. n. 4 del 2008 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale)⁵⁷². E tuttavia il primo esplicito richiamo al principio di precauzione, nell'ordinamento italiano, si rinviene già nella legge quadro del 2001 sulla esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici⁵⁷³ (in cui si faceva richiamo

prospetta l'evento lesivo, nonché il Prefetto della provincia che, nelle ventiquattro ore successive, informa il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, ai sensi dell'articolo 304, che risultino: a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere; b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri; d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici.

⁵⁷¹ Tali interventi devono essere preceduti (sempre a cura dell'operatore) da apposita comunicazione, (avente ad oggetto tutti gli aspetti pertinenti della situazione ed, in particolare, le generalità dell'operatore, le caratteristiche del sito interessato, le matrici ambientali coinvolte e la descrizione degli interventi da eseguire) al comune, alla provincia e alla regione nel cui territorio si prospetta l'evento lesivo e, altresì al Prefetto, che nelle ventiquattro ore successive informa il Ministro dell'Ambiente. La comunicazione, non appena pervenuta al comune, abilita l'operatore alla realizzazione degli interventi necessari.

⁵⁷² Secondo tale principio: La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale.

⁵⁷³ La presente legge ha lo scopo di dettare i principi fondamentali diretti a: a) assicurare la tutela della salute dei lavoratori, delle lavoratrici e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici ai sensi e nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione; b) promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del trattato istitutivo dell'Unione Europea; c) assicurare la tutela dell'ambiente e del paesaggio e

sempre all'art. 174 TFU).

A decorrere dal 2005 il principio di precauzione viene comunque ad assumere una valenza generale in ragione dell'inserimento, nella legge n. 241 del 1990, di un esplicito richiamo ai "principi dell'ordinamento comunitario" (tra i quali non può non ricomprendersi anche quello di precauzione) come canoni dell'azione amministrativa⁵⁷⁴.

La giurisprudenza costituzionale si è dovuta spesso misurare con questioni relative al contrasto fra tutela della salute e libertà d'iniziativa economica e, quando interrogata sul ruolo del principio di precauzione nelle ipotesi di bilanciamento di interessi di rilievo costituzionale⁵⁷⁵, ha affermato che il principio di precauzione opera come strumento che aiuta ad individuare il punto di equilibrio fra i principi in contrasto⁵⁷⁶.

Il principio di precauzione è dunque funzionale all'operazione ermeneutica che porta a garantire il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti, evitando dunque che il diritto o la libertà pretermessa venga

promuovere l'innovazione tecnologica e le azioni di risanamento volte a minimizzare l'intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici secondo le migliori tecnologie disponibili. 2. Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono alle finalità della presente legge nell'ambito delle competenze ad esse spettanti ai sensi degli statuti e delle relative norme di attuazione e secondo quanto disposto dai rispettivi ordinamenti. In dottrina v. G. De Nozza – G. Nardone, *Profili giurisprudenziali della tutela dall'inquinamento elettromagnetico*, in *Rass. Giur. enel*, 2000, 31 ss.; S. Cassese, *La nuova disciplina sulla protezione dalla esposizione a campi elettromagnetici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2001, 3 ss.; G. Cocco (a cura di), *Inquinamento da campi elettromagnetici e normativa di tutela*, Giappichelli, Torino, 2001. E. Rolando, *Inquinamento derivante da onde elettromagnetiche. Disciplina normativa, profili di riparto di competenze e principio di precauzione*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 178 ss.

⁵⁷⁴ Art. 1 della legge n. 241 del 1990, comma 1: *"L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"* (comma così modificato dall'art. 1, comma 1, legge n. 15 del 2005 poi dall'art. 7, comma 1, legge n. 69 del 2009).

⁵⁷⁵ In dottrina v. S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 102; S. Grassi – A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 149 ss.; L. Butty, *The precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007, 99 ss.;

⁵⁷⁶ Nella sentenza n. 406 del 2005 la Corte afferma che il principio di precauzione *"rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base di dati scientifici sufficienti e attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività"*.

eccessivamente sacrificata (sottolineando così la “necessarietà, proporzionalità ed appropriatezza delle eventuali misure limitative) soprattutto nei casi in cui vi sia incertezza scientifica in merito al rischio di danni per l’ambiente o per la salute⁵⁷⁷.

La giurisprudenza costituzionale è costante nel riconoscere che l’applicazione del principio di precauzione necessita di una verifica dello stato delle conoscenze scientifiche, proprio perché tale principio presuppone l’esistenza di una situazione di incertezza scientifica, che appunto deve essere constatata⁵⁷⁸.

4.3. Il principio di precauzione nella giurisprudenza amministrativa italiana ed europea.

La giurisprudenza amministrativa è consolidata nel riconoscere che il principio di precauzione richiede che per ogni attività che comporti pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l’ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Corte Cost. 7 ottobre 2003, n. 307, in Foro it., 2004, I, c.1365. La Consulta dichiara che “la fissazione di valori soglia da parte del legislatore statale, attraverso la legge n. 36 del 2003, risponde ad una ratio complessa. Da un lato, infatti, si tratta di proteggere la salute dei terzi dagli effetti negativi delle emissioni elettromagnetiche e da questo punto di vista la determinazione delle soglie deve risultare fondata sulle conoscenze scientifiche ed essere tale da non pregiudicare il valore protetto; dall’altro, si tratta di consentire, anche attraverso la fissazione di soglie diverse in relazione ai tipi di esposizione, ma uniformi sul territorio nazionale, la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali, sottesi alle competenze concorrenti di cui all’art. 117, terzo comma, della Costituzione, come quelli che fanno capo alla distribuzione di energia e allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione. Tali interessi sono sottesi alla considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee che fonda l’attribuzione allo Stato della funzione di determinare detti valori-soglia. In sostanza, la fissazione livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni, rappresenterebbe il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l’impatto delle radiazioni elettromagnetiche e di realizzare impianti necessari al Paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto di energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato”.

⁵⁷⁸ Cfr., tra l’altro, Corte Cost. 24 ottobre 2005, n. 406, in Foro it., I, p. 660.

⁵⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2495 del 2015 (“l’applicazione del principio di precauzione comporta che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un’attività potenzialmente pericolosa, l’azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali”; Tar Lazio, sez. 1T, 24 luglio 2013, n. 4762 (“Il principio di

In merito alla portata del principio di precauzione, la giurisprudenza amministrativa (e in particolare quella del Consiglio di Stato) segue con molta attenzione gli indirizzi già elaborati dalla giurisprudenza europea (anche richiamando espressamente le singole pronunce)⁵⁸⁰.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa riconosce costantemente che il principio di precauzione costituisce uno dei fondamenti della politica dell'Unione Europea (e dunque anche dell'ordinamento italiano) in materia ambientale⁵⁸¹.

Consolidato appare anche l'orientamento secondo cui tale principio è fondato sulla necessità delle misure precauzionali adottate a tutela di valori fondamentali e a conclusione di uno specifico procedimento volto alla individuazione, analisi, valutazione e gestione dei rischi, rigettandosi ogni approccio che muove da una concezione puramente ipotetica del rischio, fondato su semplici supposizioni non accertate scientificamente⁵⁸².

Infatti, la giurisprudenza amministrativa riconosce che, in una situazione di non piena certezza scientifica, ma comunque basata su indizi specifici e sui risultati più recenti della ricerca internazionale, spetta all'autorità amministrativa porre in essere la valutazione dei rischi che

precauzione è un principio di carattere generale discendente dalle disposizioni del Trattato UE, che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere la protezione di tali valori sugli interessi economici, indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto ritenuto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano"; Tar Lazio, sez. I, 3 giugno 2015, n. 7782 ("Nel giudizio di compatibilità ambientale di progetti volti alla costruzione di nuovi impianti per la produzione di energia, il principio di precauzione non può arrivare a legittimare una interpretazione delle disposizioni normative, tecniche e amministrative vigenti in un dato settore tanto da dilatarne il senso, fino a ricomprendervi vicende non significativamente pregiudizievoli dell'area interessata, in quanto la situazione di pericolo, pur potenziale o latente, non deve essere meramente ipotizzata e deve incidere significativamente sull'ambiente e sulla salute dell'uomo; tale principio quindi non consente ex se di attribuire all'organo pubblico un potere di interdizione di un certo progetto o misura e, in ogni caso, esso affida alle Autorità competenti il compito di prevenire il verificarsi o il ripetersi di danni ambientali, lasciando però alle stesse ampi margini di discrezionalità in ordine alle misure ritenute più efficaci, economiche ed efficienti in relazione a tutte le circostanze del caso concreto").

⁵⁸⁰ Sono espressamente richiamati ad es. nella sentenza n.6250 della sez. V, del Cons. Stato gli indirizzi espressi dalla Corte di giustizia, sez. II, 15 gennaio 2009, C-383/07; 13 dicembre 2007, C- 418/04.

⁵⁸¹ Vedi già Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 2003, BookerAquaculture e HidroSeafood, C-20/00 e C-64/00, n. 397 (punto 85).

⁵⁸² Vedi, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495; Tar Calabria Catanzaro, sez. I, 13 febbraio 2017, n. 219.

conduce all'adozione di quelle misure precauzionali la cui attuazione è ritenuta necessaria al fine di evitare pregiudizi alla salute. La situazione di pericolo, se deve essere potenziale o latente, non può essere meramente ipotetica e inoltre deve incidere significativamente sulla salute dell'uomo. Pertanto, l'adozione delle singole misure si pone come atto necessario e deve conseguire, dal punto di vista procedurale, al preventivo svolgimento di una valutazione (quanto più possibile) completa dei rischi in rapporto al caso concreto e finalizzata alla individuazione di una misura limitativa di stretta necessità rispetto all'obiettivo da tutelare⁵⁸³.

La giurisprudenza europea (ma anche quella dei singoli Stati membri) è stata spesso chiamata a pronunciarsi sulla necessità od opportunità di misure precauzionali adottate (o non adottate) con riguardo ad impianti fonti di inquinamento elettromagnetico, venendo così a misurarsi sulla portata del principio di precauzione, sui limiti da tracciare ai poteri dell'amministrazione e, a questo fine, la giurisprudenza si è spesso trovata a dover ripercorrere l'iter decisionale seguito dall'amministrazione (europea o statale) in merito alla valutazione e gestione dei relativi rischi⁵⁸⁴.

Un primo, rapido confronto fra gli esiti e le motivazioni della giurisprudenza europea e del giudice amministrativo italiano evidenzia, da un lato, una significativa adesione, da parte della giurisprudenza amministrativa italiana, agli impianti argomentativi elaborati dalla giurisprudenza europea, ma anche, dall'altro lato, una divaricazione in merito ai singoli esiti, divaricazione discendente da una differente valutazione in merito proprio alle esigenze di tutela dell'ambiente e della salute degli individui.

Il Consiglio di Stato, infatti, nelle varie pronunce esaminate, afferma che l'azione dei pubblici poteri, in applicazione del principio di precauzione, deve configurarsi sotto forma di prevenzione anticipata rispetto al

⁵⁸³ G. Monaco, Dal Consiglio di Stato quasi un decalogo sull'applicazione del principio di precauzione. Nota a Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, 551 ss.; v. anche P. Lombardi, Piano Regionale di tutela delle acque e infrastrutture necessarie sotto la lente della precauzione (nota a Cons. Stato, sez. V, sent. 27 dicembre 2013, n. 6250) in *Riv. giur. edil.*, 2014, n. 1, I, 111 ss.

⁵⁸⁴ Vedi, in particolare, Corte Giust. 20 marzo 2003, causa C-3/00, "Foro it." 2003, IV, c. 552 e Corte Giust., 9 giugno 2005, causa C-270/03, "Foro it.", 2005, IV, c. 349.

consolidamento delle conoscenze scientifiche e ciò anche nel caso in cui i danni non siano ben conosciuti o soltanto potenziali⁵⁸⁵.

Viceversa, la Corte di giustizia tende dunque a limitare l'applicabilità del principio di precauzione, subordinando l'adozione di misure restrittive o cautelari al raggiungimento, se non di una certezza, quanto meno di evidenti requisiti scientifici, ponendo a carico dello Stato membro che intende adottare una misura precauzionale l'onere di dimostrare la fondatezza dei rischi per l'ambiente e la salute⁵⁸⁶.

Analizzando il contenuto di tali orientamenti giurisprudenziali, alcune riflessioni dottrinali sostengono che il giudice europeo tenderebbe ad affermare una superiorità della scienza nei confronti del decisore (politico o politico-amministrativo), quando questi intenda adottare provvedimenti limitativi della libertà di iniziativa economica, o di stabilimento o di comunicazione. Ma, a ben vedere, tale "superiorità" (riconosciuta dal giudice europeo) opera soprattutto a vantaggio della libertà economica, la cui limitazione, per motivi di tutela della salute dei terzi, specie in materia di campi elettromagnetici, è ritenuta ammissibile solo quando i rischi siano adeguatamente comprovati⁵⁸⁷.

La giurisprudenza (sia europea che italiana) tende a riconoscere all'autorità amministrativa decidente uno spazio valutativo (e dunque decisionale) su cui il giudice può intervenire solo per controllare la sussistenza dei relativi presupposti di fatto e di diritto, sul rispetto del procedimento e sulla non arbitrarietà e non irrazionalità della decisione assunta. Possono essere adottate "misure provvisorie di gestione del rischio" (necessarie a garantire un livello elevato di tutela della salute) se, "in circostanze specifiche e "a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili" sia individuata "la possibilità di effetti dannosi per la salute dell'uomo, pur in presenza di una situazione di incertezza sul piano

⁵⁸⁵ Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2014, n. 1361; Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2014, n. 723; Cons. Stato, sez. III, del 18 giugno 2015, n. 3085; Cons. Stato n. 4188 dell'8 settembre 2015; n. 20173 del 5 maggio 2017.

⁵⁸⁶ Cfr. la pronuncia della Corte di giustizia, sez. I, del 9 giugno 2016, n. 428 (cause riunite C-78/16 e C-79/16).

⁵⁸⁷ Cfr. in particolare la sentenza della Corte di giustizia, Sez. III, n. 676 del 13 settembre 2017 (C-111/16).

scientifico⁵⁸⁸.

Queste “misure di gestione del rischio”, oltre a essere scientifiche, necessarie (in quanto destinate ad assicurare un adeguato livello di tutela della salute) e “provvisorie” (perché da un lato sempre revocabili o comunque modificabili in seguito all’acquisizione di ulteriori informazioni scientifiche “per una valutazione più coerente del rischio” e, dall’altro lato, perché sempre oggetto di riesame “entro un periodo di tempo ragionevole” in base alla natura del rischio per la vita o per la salute e al tipo di informazioni “necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica e per realizzare una valutazione del rischio più esauriente”), devono anche rispondere al principio di proporzionalità e prevedere le sole restrizioni alla libertà di comunicazione “necessarie per raggiungere il livello elevato di tutela della salute perseguito”⁵⁸⁹.

Infatti, si è visto che il principio di precauzione finisce per porre nelle mani dell’amministrazione un ampio potere decisionale e valutativo che, per definizione, non può essere individuato a priori proprio per le peculiarità dei casi concreti di applicazione di tale principio (situazione di incertezza scientifica con possibile rischio di danni gravi alla salute) e ciò pone molteplici questioni concernenti il diritto amministrativo (dal principio di legalità agli spazi lasciati alla discrezionalità della pubblica amministrazione).

Il potere amministrativo deve necessariamente estrinsecarsi rispettando il principio di legalità, ma deve purimenti prendersi atto che l’affermazione del metodo precauzionale tende ad indebolire la portata garantistica del suddetto principio; da ciò, come si è avuto modo di accennare nel primo capitolo, gli sforzi dei giudici amministrativi nel delimitare gli ambiti e le modalità di utilizzazione di un approccio precauzionale, prevedendo l’esigenza del rispetto, dal parte dell’amministrazione decidente, del principio di proporzionalità, appropriatezza e necessità delle misure adottate e di un procedimento amministrativo aperto, partecipato e

⁵⁸⁸ Corte di giustizia, 22 febbraio 2010, *Gowan Comércio Internacional e Servicios*, C-77/09, punto 82; cfr. altresì Corte di giustizia, sez. III, 13 settembre 2017, n. C-111/16.

⁵⁸⁹ Cfr., tra l’altro, Corte di giustizia, sez. IV, C-36/11 del 6 settembre 2012.

trasparente⁵⁹⁰.

5. Precauzione in materia di elettrosmog e tutela dei terzi.

5.1. La tutela procedimentale dei terzi.

Da quanto sopra esposto emerge chiaramente come l'amministrazione, nell'adottare decisioni che potrebbero compromettere i diritti dei terzi, quali i provvedimenti autorizzatori di attività potenzialmente pericolose, debba tener conto, in primo luogo, del principio di precauzione; ma si è anche visto che di tale principio non deve abusarne, in quanto, altrimenti, potrebbero essere compromessi altri interessi sia privati (quelli, ad es., dei gestori di impianti radio telefonici) che pubblici (l'interesse a garantire la libertà di comunicazione per lo sviluppo del Paese). Per evitare contenziosi lunghi e dispendiosi occorrerebbe che l'amministrazione sappia garantire un procedimento partecipato e trasparente, nel quale possano emergere, sin dall'inizio, tutti gli interessi del caso concreto e, nel rispetto del principio di proporzionalità, operare quel giusto bilanciamento tra interessi contrapposti al fine di adottare la decisione più rispondente alle esigenze del caso concreto.

Nel primo capitolo è stata definita la partecipazione dei terzi come una vera e propria opposizione finalizzata ad impedire, in tutto o in parte, che il provvedimento richiesto dal destinatario venga adottato (rigetto totale o parziale dell'istanza) o finalizzata a modificarne il contenuto, assumendo

⁵⁹⁰ Il principio di precauzione viene a essere funzionale all'affermazione dell'obbligo della pubblica amministrazione di adottare la soluzione adeguata, nel senso di capace di provocare il minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti nel caso concreto. Vedi Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087; per la dottrina, vedi Cognetti, Principio di proporzionalità, op. cit., 210 ss.; A. Albanese, Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati, in *Istituzioni del Federalismo*, 2016, n. 3, 697 ss.; U. Fantigrossi, Sviluppi recenti del principio di proporzionalità, *LlucPapers* n. 220, settembre 2008, in www.biblio.liuc.it; S. Cassese, Il diritto ad una buona amministrazione, in *Irpa.eu*, p. 7; D.U. Galetta, Il principio di proporzionalità, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 395.

che, altrimenti, l'effetto del provvedimento sarebbe incompatibile con il proprio interesse. Con riferimento alla prima categoria di terzi e cioè con riferimento ai terzi il cui interesse è tutelato da specifiche disposizioni normative, è stato chiarito che questi ultimi sono tutelati non solo in caso di partecipazione attiva al procedimento amministrativo, ma anche in caso di mancata partecipazione. In quest'ultimo caso, infatti, anche se la tutela ad essi spettante sarà di minore intensità, l'amministrazione sarà comunque tenuta a rispettare il loro interesse e ciò in quanto tale interesse risulta tutelato direttamente da specifiche disposizioni normative⁵⁹¹.

Ad esempio, con riferimento alle citate norme sulle soglie di valori di inquinamento da non superare, l'amministrazione, nel valutare se rilasciare a Tizio (destinatario) l'autorizzazione alla gestione di un impianto radio telefonico, dovrà considerare anche l'interesse di eventuali terzi, a prescindere dalla loro partecipazione al procedimento, e, cioè, dovrà in ogni caso verificare in concreto se Tizio, nel progetto allegato alla propria domanda, abbia rispettato quelle norme e, quindi, i diritti di tali terzi (ad es. dal progetto risulta che in concreto non sono state superate le soglie di valori di inquinamento prescritte dalla legge e che l'impianto dovrà sorgere in siti non "sensibili")⁵⁹². Pertanto, anche se costoro non partecipano al procedimento, l'amministrazione dovrà comunque rispettare le norme in loro favore, acquisendo nel procedimento, tra l'altro, tutti gli interessi dei terzi che potrebbero essere lesi e adottando tutte quelle cautele necessarie per non pregiudicare la loro posizione giuridica, fino al punto di giungere al diniego del provvedimento favorevole al destinatario in caso di riscontrata lesione dei diritti dei terzi⁵⁹³.

Qualora, invece, i terzi vengano coinvolti sin dall'inizio nel

⁵⁹¹ Se l'amministrazione è certa che il provvedimento leda la posizione del terzo dovrà evitare la produzione di quel pregiudizio (su di essa incombe un dovere generale di protezione anche nei confronti di soggetti diversi dal destinatario. Cfr. sul punto L. De Lucia, op. cit., 62 ss.

⁵⁹² L. De Lucia, op. cit., 130.

⁵⁹³ Se il terzo non partecipa al procedimento e qualora l'amministrazione non dovesse tenere in considerazione i suoi interessi così come tutelati dalla legge, allora il terzo potrà rappresentare la propria posizione giuridica lesa e la violazione di precise norme a suo favore però non più davanti alla stessa amministrazione, ma direttamente davanti al G.A. (la sua difesa non sarà più anticipata alla fase procedimentale). Cfr. L. De Lucia, op. cit., 132 ss.

procedimento, la loro partecipazione aggiunge un *quid pluris*, in quanto fa emergere un diritto incompatibile con gli effetti in corso di produzione. In particolare, attraverso la partecipazione il terzo ha la possibilità di specificare meglio il proprio interesse nel caso concreto⁵⁹⁴.

Tornando alla fattispecie sopra esaminata, se i terzi partecipano nel corso del procedimento volto al rilascio di un'autorizzazione all'esercizio di un impianto radio telefonico potranno opporre all'amministrazione il fatto che, nonostante il rispetto delle soglie minime previste dalla norma pubblicistica, l'autorizzazione non dovrebbe essere rilasciata in quanto nel caso concreto il loro interesse sarebbe comunque leso, osservando, ad esempio, che il sito dove dovrà sorgere quell'impianto è densamente popolato o che nelle immediate vicinanze si trovano luoghi sensibili, quali, ad. es., scuole e ospedali⁵⁹⁵.

Fin qui è stata analizzata la posizione dei terzi titolari di diritti. Ma si è visto che dall'esercizio del potere autorizzatorio di impianti potenzialmente pregiudizievoli per l'ambiente e per la salute umana emerge anche la categoria dei terzi titolari di interessi di mero fatto; trattasi di tutti quei soggetti (che spesso costituiscono un numero molto alto) che lamentano la lesione del proprio diritto alla salute, posizione giuridica, quest'ultima, sì qualificata, ma non differenziata, in quanto la legge non individua i criteri idonei a distinguere la loro posizione rispetto a quella del *quisque de populo*; ad esempio, i terzi titolari di interessi di mero fatto potrebbero essere tutti coloro che vivono nelle vicinanze dell'impianto pericoloso, e cioè, in un luogo non "sensibile" (poiché in quest'ultimo caso potrebbero far

⁵⁹⁴ L. De Lucia, op. cit., 130. In tal caso, spiega l'A., l'interesse del terzo sorge con l'apertura del procedimento e si sostanzia in una serie di facoltà procedimentali, tra cui la possibilità di presentare opposizione.

⁵⁹⁵ De Lucia da pag. 131 ss. Altro esempio potrebbe rinvenirsi nel caso di autorizzazione alla gestione di un impianto di smaltimento rifiuti: in caso di mancata partecipazione del terzo l'amministrazione, limitandosi a verificare che dal progetto allegato risulta che le soglie minime di emissione sono state rispettate, garantisce che la tutela del terzo; ma se il terzo partecipa assumendo che, non stante il rispetto di quei valori, egli subirebbe comunque una lesione, in quanto certe emissioni, pur al di sotto della soglia legale, non sarebbero comunque tollerabili nel caso concreto, l'amministrazione dovrà allora valutare l'interesse specifico del terzo ed eventualmente rigettare la domanda dell'istante (destinatario) o, eventualmente imponendo a quest'ultimo precise modalità esecutive nella gestione dell'impianto tali da non ledere l'interesse del terzo.

valere precisi diritti in forza di precise norme di legge a loro favore), ma comunque in un luogo densamente abitato (e contestare così il fatto che comunque la distanza dall'impianto non sarebbe sufficiente, nel caso concreto, a garantire la loro incolumità).

Il giudice di secondo grado afferma esplicitamente la volontà di non distaccarsi, anche in materia di onde elettromagnetiche, dai consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza europea nella individuazione della portata del principio di precauzione, in forza del quale per ogni attività che comporti il rischio di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. E, nel ribadire il rifiuto *“di un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente”*, il Consiglio di Stato precisa che *“la giuridicizzazione e la conseguente giustiziabilità del principio di precauzione passano attraverso la necessità di riconoscere canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini, delle loro formazioni sociali e delle loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale”*⁵⁹⁶.

Il procedimento viene così a svolgere un ruolo centrale, giacché in esso deve essere assicurato un adeguato coinvolgimento dei terzi⁵⁹⁷, nonché

⁵⁹⁶ Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250.

⁵⁹⁷ Nell'esercizio della funzione relativa all'amministrazione del rischio è essenziale riconoscere anche la necessità di individuare la funzionalità di canali istituzionali che garantiscono il coinvolgimento dei cittadini nelle rispettive comunità di riferimento. Va sottolineato che l'ordinamento europeo richiede nella fase preventiva e precauzionale il coinvolgimento della collettività chiamata a svolgere un ruolo strategico, grazie alla previsione di una partecipazione del pubblico ai procedimenti decisionali. È evidente che, per consentire una partecipazione consapevole, deve essere previsto l'accesso alle informazioni in materia di ambiente, contesto nel quale l'Unione Europea ha adottato la direttiva 2003/4/CE del 28 gennaio 2003 sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e che abroga la direttiva 90/313/CEE del Consiglio, le cui norme devono essere interpretate in modo tale che non producano un effetto dissuasivo sulle persone che intendono ottenere informazioni e non limitino il diritto di accesso (Corte di giustizia, 6 ottobre 2015, C-71/14, East Sussex County Council c. Information Commissioner and Others) L'Unione Europea, con la Decisione 2005/370/CE del 17 febbraio 2005 riconosce la centralità della partecipazione del pubblico al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Convenzione di Aarhus, adottata il 25 giugno 1998 nell'ambito della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite – UNECE). La centralità del ruolo della collettività nella lotta all'inquinamento è oggi ancora più evidente con l'introduzione dello strumento dell'iniziativa dei cittadini europei (art. 11, par. 4 TUE che ha trovato una prima attuazione proprio con riguardo alle richieste connesse all'ambiente.

l'assegnazione all'autorità competente di un ampio margine di discrezionalità nella decisione finale.

Con particolare riferimento alla tutela procedimentale dei terzi di fronte a impianti fonti di radiazioni elettromagnetiche c'è da osservare come tali soggetti raramente siano informati sulla volontà dell'amministrazione di autorizzare certi impianti potenzialmente pericolosi, con la conseguenza che gli stessi saranno poi costretti ad agire direttamente dinnanzi al giudice amministrativo, con la speranza di ottenerne la rimozione. Risulta da ciò evidente il problema che spesso i terzi si trovano dinnanzi ad un procedimento che si è già concluso con un provvedimento pregiudizievole e contro il quale altro non possono fare che tentare l'incerta e costosa via processuale⁵⁹⁸.

Si è già avuto modo di precisare nel primo capitolo che il miglior modo di tutelare i terzi di fronte a impianti potenzialmente pericolosi per la loro salute sia quello di renderli concretamente informati dei fatti già nella fase di avvio del procedimento, in modo che la decisione di autorizzare un certo numero di impianti sul territorio del Comune sia conseguenza di una scelta

È stato il caso dell'iniziativa sul diritto all'acqua, registrata il 10 maggio 2012 e che ha condotto la Commissione, nella comunicazione del 19 marzo 2014, a impegnarsi per un rafforzamento della legislazione in materia di qualità delle acque in linea con il Settimo Programma di azione (v. anche l'iniziativa "*Stop plastic in the sea*").

⁵⁹⁸ F. Trimarchi, Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, n. 3, 627 ss.; A. Crosetti, F. Fracchia, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 127 ss.; R. Caranta – L. Ferrasi – S. Rodriguez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 112 ss.; M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, 211 ss.; M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 271; Trimarchi, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni nell'amministrazione*, Milano, 1988, pp. 107-110; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur.*, 7-10/1970, 106; F. Trimarchi, Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 627 ss.; Cfr. sul punto anche M.C. Romano, *L'azione amministrativa*, op. cit., 272 A. Carbone, op. cit., 23 ss.; P. Lazzara, *L'azione amministrativa e il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli-Roma, 2006, 396 ss.; G. Morbidelli, *Il principio del procedimento* e R. Scarciglia, *La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa*, entrambi in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006; G. Carlotti, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Padova, 2005; M. D'Alberti, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione a procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; M.A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000.

davvero consapevole e partecipata.

Specie in materia di salute pubblica, infatti, secondo il Consiglio di Stato sembrerebbe legittimo sacrificare il principio di celerità dell'azione amministrativa e privilegiare, invece, quello di precauzione, in forza del quale, per ogni attività che comporti pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione anche attraverso il coinvolgimento degli stessi terzi durante il procedimento amministrativo⁵⁹⁹.

Va sottolineato che anche l'ordinamento europeo, con riferimento all'esercizio della funzione della c.d. "amministrazione del rischio", richiede nella fase preventiva e precauzionale il coinvolgimento della collettività chiamata a svolgere un ruolo strategico, grazie alla previsione di una partecipazione del pubblico ai processi decisionali⁶⁰⁰.

Nonostante l'attenzione che le istituzioni europee e lo stesso Consiglio di Stato rivolgono al problema della partecipazione procedimentale dei terzi, questi ultimi continuano a lamentarsi del fatto che gli stessi siano poco coinvolti nel procedimento di formazione degli atti di autorizzazione di impianti pericolosi.

In particolare i terzi, sia come singoli che come membri di Associazioni di volontariato per la lotta contro le radiazioni elettromagnetiche, preoccupati degli effetti potenzialmente cancerogeni delle radiazioni elettromagnetiche, si dimostrano desiderosi di collaborare con le proprie amministrazioni locali, al fine di individuare soluzioni migliori con riferimento all'installazione di ripetitori sul territorio comunale⁶⁰¹. Negli

⁵⁹⁹ Cfr., tra l'altro, Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250.

⁶⁰⁰ Cfr. Corte di giustizia, 12 maggio 2011, C- 115/09. L'Unione Europea riconosce la centralità della partecipazione del pubblico in materia ambientale; in particolare, la centralità del ruolo della collettività nella lotta all'inquinamento è oggi ancora più evidente con l'introduzione dello strumento dell'iniziativa dei cittadini europei (art. 11, par. 4 TUE) che ha trovato una prima attuazione proprio con riguardo alle richieste connesse all'ambiente.

⁶⁰¹ Navigando nel web è abbastanza frequente imbattersi in blog che sorgono proprio in occasione dell'attivazione di nuovi ripetitori telefonici che sollevano le lamentele e la rabbia di centinaia di cittadini, i quali avrebbero voluto essere coinvolti già prima dell'autorizzazione e installazione di tali impianti, magari riuscendo a rappresentare le proprie esigenze e far installare l'impianto in altre zone meno densamente abitate, garantendo al tempo stesso l'uniforme copertura di rete sull'intero territorio comunale. I cittadini, infatti, sono consapevoli che la soluzione migliore non è quella drastica di

anni costoro si sono battuti con determinazione e coraggio di fronte al triste panorama di deregolamentazione⁶⁰² che ha contrassegnato il processo di diffusione delle tecnologie di radiocomunicazione nell'ultimo decennio in molti Comuni italiani. Tale lotta cittadina contro le grosse compagnie di impianti radio telefonici e contro la volontà dei Sindaci di autorizzarne l'installazione e l'esercizio ha dato luogo spesso alla firma di appositi Protocolli di Intesa, sottoscritti dalle Società concessionarie della telefonia mobile e dai vari Comuni, che impegnano le prime con una serie di adempimenti procedurali per regolamentare gli impianti presenti sul territorio urbano, al fine di minimizzare l'esposizione della popolazione. Tra gli impegni del Comune previsti dal Protocollo vi sono anche quelli di "informare i Municipi delle richieste di installazione di nuovi impianti" e in base a ciò "i Municipi provvederanno all'informazione ai cittadini"⁶⁰³.

Si è trattato di una prima serie di regole poste a tutela dei terzi nella loro lotta nel settore dell'elettrosmog, anche se, occorre sottolineare, in tutti gli anni di vigenza dei Protocolli, gli Uffici comunali hanno spesso disatteso le procedure ivi previste a tutela dei terzi, autorizzando comunque antenne che non avevano i requisiti. Ecco perché negli ultimi tempi i cittadini hanno premuto sempre di più affinché le proprie amministrazioni si facessero carico una volta per tutte di questi problemi adottando regolamenti comunali, che dessero regole certe, chiare e trasparenti in materia di

eliminare i ripetitori, ma quella di collocarli altrove al fine di garantire la libertà di comunicazione col minimo sacrificio per la salute pubblica.

⁶⁰² Cfr. il d.l. n. 133 del 2014, subito rinominato 'Sblocca Antenne'. All'art. 6 "Agevolazioni per la realizzazione di reti di comunicazione elettronica a banda ultra larga" si insinua una mimetizzata deregulation per l'avanzata installazione delle prossime infrastrutture a supporto della connettività permanente via cellulare: il trucco della legge sta nell'assenza di autorizzazioni per le multinazionali delle telecomunicazioni assegnatarie delle frequenze bandite dall'ultimo governo Berlusconi, che con l'escamotage dell'autocertificazione per manutenzione/modifica degli impianti già esistenti potrebbero installarne indiscriminatamente di più forti e potenti, senza chiedere niente a nessuno.

⁶⁰³ Cfr. il Protocollo d'Intesa 2015 tra Arpa e l'Associazione Ferrarese Cittadini contro l'Elettrosmog e quello del Comune di Roma 2014 sottoscritto dal Comune stesso e dalle Compagnie telefoniche insediate sul territorio comunale. Tali accordi prevedono, tra l'altro, una collaborazione operativa tra i due soggetti, riguardante anzitutto il monitoraggio dei campi elettromagnetici generati dagli impianti nelle varie città; prevedono, inoltre, attività in collaborazione per il completamento del catasto degli impianti di telefonia mobile e una serie di iniziative di comunicazione ai media e ai cittadini e prevedono altresì la pubblicazione dei dati rilevati dal monitoraggio effettuato.

elettrosmog e modificando gli stessi Piani Regolatori, per disciplinare puntualmente la dislocazione delle sorgenti di emissione elettromagnetica a radiofrequenza nel territorio comunale ed avviando una capillare azione di verifica e monitoraggio di tutte le stazioni radio esistenti⁶⁰⁴.

Tale iter storico si è concluso ultimamente con l'adozione, da parte di molti Comuni italiani, di appositi regolamenti comunali per la localizzazione, l'installazione e la modifica degli impianti di telefonia mobile, ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge n. 36 del 2001, nonché per la previsione di un sistema di monitoraggio delle sorgenti di campo elettromagnetico.

Il fine di tali regolamenti è innanzitutto quello di minimizzare, sulla base del principio di precauzione, l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici⁶⁰⁵.

Le amministrazioni comunali, attraverso l'adozione di tali regolamenti, si propongono di attivare un processo partecipativo che possa davvero coinvolgere i terzi interessati sin dalle prime fasi di formazione del procedimento amministrativo. In particolare, siffatto processo partecipativo è garantito attraverso l'istituzione di appositi "Osservatori di settore sull'inquinamento elettromagnetico" con funzioni consultive in materia di pianificazione territoriale degli impianti di comunicazione elettronica e aperto alla partecipazione di rappresentanti dell'amministrazione capitolina afferenti al Dipartimento Tutela Ambiente, Municipi Arpa, Asl, Associazioni di protezione ambientale e singoli cittadini interessati⁶⁰⁶. Tali Osservatori garantiscono la partecipazione della cittadinanza, avvalendosi anche dei tecnici dell'Ispra⁶⁰⁷ e del Dipartimento di Epidemiologia.

⁶⁰⁴ Cfr. la pagina web: <http://www.noelettrosmogroma.org>, a cura di Giuseppe Teodoro - febbraio 2014.

⁶⁰⁵ Si consideri, ad esempio, l'art. 2 del regolamento del Comune di Roma del 26 maggio 2015, che chiaramente individua come obiettivo principale la tutela della salute della popolazione dagli effetti dei campi elettromagnetici.

⁶⁰⁶ Vedi, ad es., art. 8 del regolamento del comune di Roma 2015, cit.

⁶⁰⁷ L'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) è ente pubblico di ricerca, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, autonomia tecnica, scientifica, organizzativa, finanziaria, gestionale, amministrativa, patrimoniale e contabile. L'ISPRA è sottoposto alla vigilanza del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il Ministro si avvale dell'Istituto nell'esercizio delle proprie attribuzioni, impartendo le direttive generali per il perseguimento dei compiti istituzionali. Fermo restando lo

La volontà delle amministrazioni di rendere partecipi i cittadini durante tutto l'iter concernente le autorizzazioni in materia di impianti radio telefonici traspare dalla previsione, contenuta nei vari regolamenti comunali, secondo cui le amministrazioni stesse si impegnano ad utilizzare le migliori tecnologie informatiche, al fine di rendere disponibili alla cittadinanza le informazioni circa le collocazioni di antenne, comprese quelle autorizzate e non ancora attive e le misurazioni effettuate con sistemi di visualizzazione interattiva su mappe. Allo scopo, sono infatti previsti appositi accordi tra i Comuni e Arpa per garantire alla popolazione un costante e capillare monitoraggio delle onde elettromagnetiche, attraverso la dislocazione di centraline per la misurazione dei campi elettromagnetici, con la trasmissione dei dati rilevati attraverso la pubblicazione sui siti web dei comuni stessi.

5.2 Elettrosmog e tutela processuale dei terzi.

Dopo aver approfondito nel II capitolo tutti gli aspetti generali inerenti la tutela processuale dei terzi, in questa sede ci si soffermerà solo su alcune fattispecie particolari, inerenti la tutela da onde elettromagnetiche, che spesso vengono portate all'attenzione del giudice amministrativo.

Si è visto nelle pagine precedenti che molto spesso gli enti locali, facendosi portavoce delle esigenze e delle preoccupazioni dei terzi, che dimorano nelle vicinanze di fonti di onde elettromagnetiche autorizzate dagli stessi comuni, predispongono appositi regolamenti, al fine di imporre "limiti distanziali" ulteriori rispetto alle soglie previste dalla legislazione statale e ciò evidentemente a vantaggio degli stessi terzi e contro gli interessi delle grandi compagnie radio telefoniche, desiderose di un'installazione sempre più capillare di ripetitori telefonici sull'intero

svolgimento dei compiti, servizi e attività assegnati all'Istituto ai sensi della legislazione vigente, nell'ambito delle predette direttive sono altresì indicate le priorità relative agli ulteriori compiti, al fine del prioritario svolgimento delle funzioni di supporto al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

territorio comunale.

Proprio per tali ragioni tali disposizioni regolamentari sono impugnate dalle suddette compagnie, sul presupposto della loro illegittimità, ma il Consiglio di Stato ritiene che tali disposizioni siano illegittime solo se pongono limiti generali che potrebbero rendere impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrutture per le telecomunicazioni, mentre sono legittime se ne consentono una possibile localizzazione alternativa⁶⁰⁸.

Il giudice di secondo grado ha più volte affermato che l'imposizione di un "limite distanziale ragionevole" rientra nel potere regolamentare previsto dall'art. 8, comma 6, della legge n. 36 del 2001 "per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare, sulla base del principio di precauzione, l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici". Le finalità previste dalla norma comportano che il potere regolamentare del Comune vada considerato espressione dell'autonoma e fondamentale competenza che detto ente ha nella disciplina dell'uso del territorio. Esso può tradursi nella introduzione sia di regole poste a tutela di zone e beni di particolare pregio paesaggistico o ambientale sia nella individuazione di siti che, per la destinazione d'uso e qualità degli utenti, possano essere considerati sensibili alle radiazioni elettromagnetiche e, quindi, inadatti alla installazione di impianti e ciò per la minimizzazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici⁶⁰⁹.

In particolare, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente del Consiglio di Stato, il regolamento comunale previsto dall'art. 8, comma 6, della legge n. 36 del 2001, nel disciplinare il corretto insediamento nel territorio degli impianti, può contenere sì regole per la protezione della popolazione locale dall'esposizione ai campi elettromagnetici di zone sensibili (ponendo anche, sulla base del principio di precauzione, divieti generalizzati alla localizzazione degli impianti posti nelle adiacenze di siti sensibili come scuole, ospedali, aree per il gioco e lo sport), purché le stesse

⁶⁰⁸ Cons. Stato, sez. III, del 5 maggio 2017, n. 2073.

⁶⁰⁹ Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2014, n. 1361; Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2014, n. 723.

non impediscano però la copertura di rete del territorio nazionale⁶¹⁰.

Abbiamo visto, infatti, come la stessa giurisprudenza costituzionale si sia dovuta spesso misurare con questioni relative al contrasto fra tutela della salute e libertà d'iniziativa economica e, quando interrogata sul ruolo del principio di precauzione nelle ipotesi di bilanciamento di interessi di rilievo costituzionale⁶¹¹, ha affermato che il principio di precauzione opera come strumento che aiuta ad individuare il punto di equilibrio fra i principi in contrasto⁶¹².

Altre volte accade, invece, che i Comuni, facendosi interpreti dei malcontenti della popolazione e osservando che sul proprio territorio l'incidenza di malattie, quali leucemie infantili e tumori rari, sia superiore alla media nazionale e ritenendo che tale incidenza sia da attribuire al fattore dell'inquinamento dovuto alle onde elettromagnetiche, nelle more della redazione di un regolamento volto alla tutela della popolazione dalle onde elettromagnetiche, decidono di ricorrere, invocando lo stesso principio di precauzione, al potere di ordinanza *extra ordinem*, ex art. 50 del d. lgs. n. 267 del 2000, al fine di ordinare all'Ufficio tecnico la sospensione di tutte le richieste di autorizzazione all'installazione di impianti per le telecomunicazioni e la radiodiffusione a quel momento pendenti. In tali casi

⁶¹⁰ Cons. Stato, sez. III, del 18 giugno 2015, n. 3085; n. 4188 dell'8 settembre 2015; n. 20173 del 5 maggio 2017. Cfr. anche Tar Sicilia, Palermo, , sez. II, del 27 marzo 2006, n. 622, secondo cui ai Comuni è riservata, in *subjecta materia*, una potestà del tutto sussidiaria, potendo essi adottare regolamenti finalizzati esclusivamente ad assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti, nonché a minimizzare, sempreché in conformità ed in attuazione alle direttive e ai criteri introdotti dallo Stato e dalle Regioni, l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici, restando esclusa, in capo agli enti locali ogni potestà normativa in ordine alla determinazione di criteri di valutazione della soglia di inquinamento elettromagnetico e alla introduzione di divieti generalizzati a contenuto igienico sanitario.

⁶¹¹ In dottrina v. S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 102; S. Grassi – A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 149 ss.; L. Butty, *The precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007, 99 ss.;

⁶¹² Nella sentenza n. 406 del 2005 la Corte afferma che il principio di precauzione "rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base di dati scientifici sufficienti e attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività".

però i ricorsi proposti dalle compagnie di telecomunicazione e radiodiffusione vengono solitamente accolti dal giudice amministrativo⁶¹³.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, ritiene illegittima la sospensione generalizzata delle procedure autorizzative delle installazioni di impianti di telecomunicazioni (che il legislatore ha espressamente qualificato come parte integrante ed essenziale delle infrastrutture territoriali e delle opere di urbanizzazione) per ragioni di tutela della salute della popolazione sulla base del principio di precauzione e sia pure per un breve periodo ed in vista dell'adozione di un futuro regolamento comunale. Il giudice amministrativo ritiene che non spetta ai Comuni la tutela della salute, essendo questi ultimi competenti solo in materia urbanistica, con la conseguenza che il diniego opposto dal Comune, in relazione alle istanze di autorizzazione all'installazione di impianti di telefonia mobile, non può essere giustificato in astratto con riferimento alle esigenze di tutela della salute della popolazione del Comune, atteso che, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 36 del 2001, la materia della salute pubblica inerente all'esposizione ai campi elettromagnetici è riservata alla competenza dello Stato e non del Comune⁶¹⁴. Ne deriva che il Comune non può provvedere alla sospensione generalizzata delle procedure di autorizzazione all'installazione di impianti di telecomunicazione neppure servendosi delle ordinanze contingibili e urgenti sindacali, essendo queste ultime atti a presupposto tipico e contenuto atipico e preordinate alla tutela della salute pubblica in casi eccezionali oggetto di adeguato accertamento. Tali atti spesso si rivelano illegittimi proprio perché manca ogni accertamento in ordine all'urgenza del provvedere e, anche se gli enti locali spesso invocano il principio di precauzione a fondamento della loro legittimità, tuttavia, secondo i giudici amministrativi, tale principio è spesso invocato dai Comuni in via solamente astratta, poiché il pericolo per la salute posto a base delle ordinanze non è adeguatamente accertato per quanto riguarda la relazione tra emissioni e diffusione e incidenza delle malattie.

⁶¹³ Si consideri anche la fattispecie analoga dei Sindaci di alcuni Comuni che ordinano lo simultaneo dei numerosi radio-ripetitori collocati nel centro urbano, prevalentemente sui tetti delle case.

⁶¹⁴ Tar Calabria – Reggio Calabria del 4 giugno 2013, n. 357; Tar Calabria – Catanzaro, sez. I, 3 ottobre 2017, n. 981.

Infatti, secondo il giudice amministrativo, i Comuni adottano tali ordinanze sulla base del principio di precauzione a tutela dei terzi e tuttavia le stesse ordinanze si basano su una mera prospettazione del pericolo, sulla base di una semplice apparenza di un nesso causale, senza individuare invece una effettiva “legge scientifica di copertura” e senza un appropriato accertamento tecnico circa il nesso di causalità tra emissioni e malattie. Tale accertamento spetta, secondo il giudice amministrativo, alle competenti autorità sanitarie, che il Comune può promuovere sollecitando la verifica dei livelli di emissione complessivamente insistenti sul territorio cittadino, in modo da mappare adeguatamente il territorio per individuare i livelli collettivi e complessivi di emissioni, da imporsi con strumenti e parametri ragionevoli e proporzionati alle esigenze di tutela⁶¹⁵.

Inoltre, la giurisprudenza osserva che tali ordinanze, sia pure volte alla tutela della salute della popolazione locale, tuttavia sono emanate sulla base di scelte irragionevoli, indiscriminate ed eccessive. In particolare, ai Comuni può essere consentito di limitare o regolamentare talune attività che presentino aspetti di potenziale danno per la salute, ma, in mancanza di un espresso divieto legislativo, ciò non equivarrà mai all’esercizio di una potestà illimitata di impedire che quell’attività si svolgano sul territorio comunale⁶¹⁶.

Osserva il giudice amministrativo⁶¹⁷ che le imposizioni di limiti all’esercizio della libertà economica, sulla base del principio di precauzione nell’interesse della salute della popolazione, possono essere giustificati dagli indirizzi fondati sullo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali ed, effettivamente, gli studi più recenti sull’elettromagnetismo pongono in evidenza aspetti di pericolosità insiti nell’esposizione ai campi elettrici. Pertanto, potrebbe essere legittima un’ordinanza contingibile con cui il Sindaco, sulla scorta di preventivi accertamenti relativi al superamento dei valori consentiti dalla legge per l’emissione di campi elettromagnetici, distinguesse caso da caso, invitando, nell’esercizio del suo potere di vigilanza, i legali rappresentanti degli impianti in questione a non

⁶¹⁵ Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 20173.

⁶¹⁶ Cons. Stato, sez. V, del 3 febbraio 2009, n. 596.

⁶¹⁷ Tar Molise Campobasso, sez. I, del 13 marzo 2012, n. 97.

continuare l'esercizio di trasmissioni, senza aver prima adeguato l'impianto ai valori consentiti dalla legge per le emissioni di impianti elettromagnetici⁶¹⁸.

Molto spesso, invece, accade che i Comuni, invece di sostenere l'interesse dei terzi alla tutela della propria salute (attraverso l'adozione di appositi regolamenti o di precisi Protocolli d'intesa⁶¹⁹ con le stesse al fine di promuovere la collaborazione operativa, nuovi monitoraggi, la formazione e l'informazione dei cittadini in materia di elettrosmog), sostengano, invece, direttamente gli egoistici interessi delle grandi compagnie radio telefoniche, autorizzando indiscriminatamente l'installazione e l'esercizio di impianti posti in quartieri anche densamente abitati.

In tali casi i terzi sono evidentemente i proprietari di terreni posti nelle vicinanze del luogo dove viene posizionato l'impianto radioelettrico e sui quali insistono edifici di loro proprietà. Costoro non tollerano nelle vicinanze delle loro proprietà la presenza di impianti fonti di radiazioni elettromagnetiche, in quanto preoccupati, in primo luogo, per il pregiudizio che potrebbe subire la salute propria e quella dei propri cari e, in secondo luogo, per il pregiudizio che potrebbe derivare alla proprietà in termini di *deminutio* economica e patrimoniale.

Il Consiglio di Stato è costante nel riconoscere che, seppure il criterio della *vicinitas*, al fine di radicare la legittimazione ad agire dei singoli per la tutela del bene salute, abbia valore elastico, nel senso che si deve necessariamente estendere all'ampiezza delle aree coinvolte, tuttavia esso non è sufficiente a radicare la legittimazione dei terzi che, nel presentare ricorso contro le autorizzazioni del Comune, non abbiano allegato sufficienti elementi probatori, quali ad es. il fatto che l'impianto abbia superato i limiti legali di inquinamento elettromagnetico o il depauperamento del godimento paesaggistico concretamente collegabile

⁶¹⁸ Tar Abruzzo Pescara, sez. I, 11 febbraio 2014, n. 952.

⁶¹⁹ Si pensi al Protocollo d'intesa tra Arpa e l'Associazione Ferrarese Cittadini contro l'elettrosmog che prevede una collaborazione operativa tra i due soggetti, riguardante anzitutto il monitoraggio dei campi elettromagnetici generati dagli impianti a radiofrequenza nella città di Ferrara e prevede altresì la pubblicazione dei dati rilevati al monitoraggio effettuato.

all'impianto realizzato⁶²⁰.

Molto spesso, infatti, accade che i terzi soccombano nei giudizi contro le compagnie radio telefoniche, proprio perché non sono in grado di dimostrare di quanto siano state superate, nel caso concreto, le soglie previste dalle leggi contro l'elettrosmog; al contrario, le stesse compagnie allegano invece i pareri favorevoli dell'Arpa, rilasciati al momento della presentazione dei progetti relativi alla realizzazione degli impianti, che attestano che non risultano violati i limiti nazionali di cui al d. P.C.M. dell'8 luglio 2003, tenuto anche conto delle caratteristiche degli impianti stessi.

⁶²⁰ Cons. Stato, sez. III, del 4 febbraio 2016, n. 441.

CAPITOLO IV

LA PARTECIPAZIONE ALLARGATA DEI TERZI NEI PROCEDIMENTI DI PIANIFICAZIONE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO A QUELLI IN MATERIA AMBIENTALE.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La partecipazione nelle scelte relative alle infrastrutture di rilevanza nazionale. 3. La partecipazione dei cittadini secondo l'ottica dell'Unione Europea. 4. Leggi regionali sulla partecipazione: il modello Toscana. 5. La partecipazione negli atti di pianificazione. 6. La partecipazione in materia ambientale. 6.1. Ambito internazionale ed europeo. 6.2. Le valutazioni ambientali nell'ordinamento interno. 6.3. L'informazione e la partecipazione "allargata" nel procedimento di VIA. Le consultazioni del pubblico e l'inchiesta pubblica. 6.4. Natura giuridica della VIA e conseguenze in caso di sue violazioni. 6.5. La partecipazione nella valutazione ambientale strategica (VAS).

1. Premessa.

Da quanto sopra esposto emerge chiaramente il problema per i terzi di non volersi ritrovare, senza aver potuto partecipare al relativo procedimento, dinnanzi a provvedimenti che, sia pure emanati nei confronti di altri soggetti destinatari diretti, possano produrre effetti pregiudizievoli nei propri confronti e contro i quali altro non possono fare che tentare l'incerta e costosa via processuale.

Il problema si pone specialmente dinnanzi a quei procedimenti suscettibili in astratto di pregiudicare gli interessi di una moltitudine di soggetti terzi rispetto ai destinatari diretti.

Con riferimento agli impianti potenzialmente pericolosi, si è già avuto modo di accennare, in via generale, che il miglior modo di tutelare i terzi sia quello di renderli concretamente informati dei fatti già nella fase di avvio del procedimento, in modo che la decisione se autorizzare e dove

localizzare tali impianti sul territorio del Comune sia la conseguenza di una scelta, da parte dell'amministrazione, davvero consapevole e partecipata⁶²¹.

Specie in materia di salute pubblica, infatti, anche secondo il Consiglio di Stato sembrerebbe legittimo sacrificare il principio di celerità dell'azione amministrativa e privilegiare, invece, quello di partecipazione, affinché, per ogni attività amministrativa che impatti sulla salute umana e sull'ambiente, possa essere assicurato un alto livello di protezione dei terzi, anche attraverso il coinvolgimento degli stessi durante il procedimento amministrativo⁶²².

Nel tentativo di recuperare un maggiore coinvolgimento dei terzi già nella fase procedimentale, ci si è interrogati nel primo capitolo su quali strumenti amministrativi utilizzare per garantire il funzionamento corretto ed efficiente del procedimento e favorire, tra l'altro, anche il loro ingresso all'interno di esso, facendo sì che le decisioni vengano prese davvero compiutamente e correttamente, senza invece dovere essere rinviate in sede processuale.

È stato chiarito che la partecipazione, così come delineato dalla legge n. 241 del 1990, dovrebbe garantire un'istruttoria in contraddittorio, in grado di dare la facoltà di intervenire e proporre osservazioni a tutti i soggetti legittimati⁶²³; e tuttavia si è potuto constatare come la partecipazione dei terzi non abbia trovato finora molto spazio nella prassi amministrativa, essendo la P.A. piuttosto restia ad ammetterne la partecipazione tramite la comunicazione dell'avvio del procedimento, in nome della speditezza ed economicità dello stesso, ed essendo altresì rari i casi in cui tali soggetti

⁶²¹ La scelta dell'amministrazione di emanare un certo provvedimento deve avvenire dando a tutti i soggetti, che ritengono di essere (sia pure solo potenzialmente) pregiudicati da quella stessa pronuncia, la possibilità di apportare contributi partecipativi sotto forma di osservazioni e proposte, per offrire all'amministrazione procedente un chiaro quadro della situazione concreta su cui inciderà il provvedimento e su quali impatti esso possa avere sulla collettività. Cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 27/03/2006, n. 199; Cons. Stato Sez. VI, 07/05/2003, n. 2411.

⁶²² Cfr., tra l'altro, Cons. St., sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4847; Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250; Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3573.

⁶²³ Cfr. i primi paragrafi del capitolo I.

possano avere autonomamente notizia del procedimento e intervenire volontariamente⁶²⁴.

Come recuperare allora un maggiore coinvolgimento dei terzi già durante il procedimento amministrativo di autorizzazione alla gestione di detti impianti?

Forse bisognerebbe poterli coinvolgere già durante i procedimenti generali di pianificazione degli stessi impianti?

Nel capitolo precedente, nell'esaminare la particolare fattispecie dell'inquinamento elettromagnetico proveniente da ripetitori radio-telefonici (che rientrano tra gli impianti potenzialmente pericolosi per la salute dell'uomo e per l'ambiente) si è già visto come in Germania, già negli anni Settanta, veniva approvata una legge che imponeva al soggetto pubblico di evitare i danni ambientali legati all'elettrosmog mediante un'idonea pianificazione o prevenzione delle attività relative agli impianti ritenuti potenzialmente dannosi.

Si è anche accennato al fatto che, con riferimento all'ordinamento italiano, il legislatore locale negli anni si è fatto carico di questi problemi adottando appositi regolamenti comunali, che dessero regole certe, chiare e trasparenti in materia di elettrosmog e modificando gli stessi Piani Regolatori, per disciplinare puntualmente la localizzazione, l'installazione e la modifica delle sorgenti di emissione elettromagnetica a radiofrequenza nel territorio comunale ed avviando una capillare azione di verifica e monitoraggio di tutte le stazioni radio esistenti.

I legislatori locali, attraverso l'adozione di tali regolamenti, si propongono di attivare un processo partecipativo che possa davvero coinvolgere tutti i soggetti interessati sin dalle prime fasi di formazione del procedimento amministrativo. In particolare, siffatto processo partecipativo è garantito attraverso l'istituzione di appositi "Osservatori di settore sull'inquinamento elettromagnetico" con funzioni consultive in materia di

⁶²⁴ Si è anche visto nelle prime pagine di questo secondo capitolo, con particolare riferimento alla tutela procedimentale dei terzi di fronte a impianti fonti di radiazioni elettromagnetiche, come tali soggetti raramente siano informati sulla volontà dell'amministrazione di autorizzare certi impianti potenzialmente pericolosi, con la conseguenza che gli stessi saranno poi costretti ad agire direttamente dinnanzi al giudice amministrativo, con la speranza di ottenerne la rimozione.

pianificazione territoriale degli impianti di comunicazione elettronica e aperto alla partecipazione di rappresentanti dell'amministrazione, Municipi Arpa, Asl, Associazioni di protezione ambientale e singoli cittadini interessati. Tali Osservatori garantiscono la partecipazione della cittadinanza, avvalendosi anche dei tecnici dell'Ispra e del Dipartimento di Epidemiologia.

La volontà delle amministrazioni di rendere partecipi i cittadini durante tutto l'iter concernente le autorizzazioni in materia di impianti radio telefonici traspare dalla previsione, contenuta nei vari regolamenti comunali, secondo cui le amministrazioni stesse si impegnano a utilizzare le migliori tecnologie informatiche, al fine di rendere disponibili alla cittadinanza le informazioni circa le collocazioni di antenne, comprese quelle autorizzate e non ancora attive e le misurazioni effettuate con sistemi di visualizzazione interattiva su mappe. Allo scopo, sono infatti previsti appositi accordi tra i Comuni e Arpa per garantire alla popolazione un costante e capillare monitoraggio delle onde elettromagnetiche, attraverso la dislocazione di centraline per la misurazione dei campi elettromagnetici, con la trasmissione dei dati rilevati attraverso la pubblicazione sui siti web dei comuni stessi.

Allontanandoci ora dalla fattispecie particolare esaminata nel capitolo precedente e volendo estendere il discorso su tutti gli impianti potenzialmente pericolosi per la salute e sui relativi problemi legati al coinvolgimento, già nella fase procedimentale, dei terzi che si ritengono lesi in generale dagli effetti pregiudizievoli derivanti da detti impianti, si può osservare come di tale esigenza sia consapevole il legislatore, che, nel disciplinare alcuni procedimenti amministrativi, suscettibili di incidere, almeno potenzialmente, sulla salute di un gran numero di soggetti, sta sempre più cercando di incentivare la partecipazione procedimentale di tutti coloro potenzialmente interessati ad un certo procedimento, obbligando, ad esempio, l'amministrazione a pubblicare sul proprio sito internet o sui quotidiani locali l'avvio di procedimenti che potrebbero impattare sulla salute pubblica o sull'ambiente e dando la possibilità a quei soggetti di influire sul relativo processo decisionale, tramite proposte,

osservazioni e suggerimenti, di cui l'amministrazione precedente debba tenerne conto in occasione dell'adozione del provvedimento finale⁶²⁵.

Occorre riflettere, in particolare, sul fatto che spesso i singoli procedimenti *ad hoc*, volti ad autorizzare o meno la realizzazione e la gestione di impianti pericolosi o, più in generale, la realizzazione di opere di pubblica utilità, sono preceduti da procedimenti amministrativi generali, che si concludono con l'adozione di atti di pianificazione, coi quali l'amministrazione decide se, dove e come realizzare le varie opere, che possono essere volute e sostenute da certi soggetti (che potrebbero ricavarne un certo vantaggio) e avversate da altri soggetti, che invece potrebbero lamentare, in via generale e a titolo esemplificativo, un netto peggioramento della loro qualità della vita a seguito della realizzazione di tali opere.

È chiaro che di terzi, sia pure titolari di interessi di mero fatto, che è la categoria che analizzerò più nel dettaglio, si possa correttamente parlare solo nell'ambito dei procedimenti amministrativi volti alla realizzazione e all'autorizzazione della gestione delle singole opere o impianti e non già nell'ambito dei relativi procedimenti generali di pianificazione. Preme ribadire, infatti, che nell'ambito di questi ultimi non si è ancora instaurato

⁶²⁵ Cfr. ad es. il Regolamento del Comune di Roma sulla prevenzione dall'inquinamento elettromagnetico, esaminato nelle pagine precedenti; cfr. altresì la legge 22 febbraio 2001, n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici); cfr. inoltre le numerose leggi regionali sul governo del territorio, in particolare la legge regionale toscana n. 65 del 2014 che prevede che la Regione, in collaborazione con le province, la città metropolitana e i comuni, promuove e sostiene le modalità più efficaci di informazione e di partecipazione dei cittadini al governo del territorio, assicurando l'informazione e la partecipazione di tutti i soggetti interessati alla formazione degli atti che incidono sul territorio di loro competenza; la legge regionale lombarda n. 12 dell'11 marzo 2005, ad esempio, nel disciplinare gli strumenti di governo del territorio, ha introdotto, a livello comunale, un nuovo strumento urbanistico, sostituendo il piano regolatore generale con il c.d. piano di governo del territorio; legge regionale Emilia Romagna n. 30 del 2000, il cui art. 8 dispone che: *"Il Comune, con le modalità previste dal proprio ordinamento e comunque attraverso la pubblicazione su un quotidiano ad ampia diffusione locale, dà notizia alla cittadinanza dell'avvenuta presentazione del Programma di localizzazione di impianti potenzialmente pericolosi, fissando un termine per la presentazione delle osservazioni da parte dei titolari di interessi pubblici o privati nonché dei portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare un pregiudizio dall'installazione dell'impianto"*.

Cfr. anche i numerosi regolamenti comunali, tra cui il regolamento del 25 luglio 2014, adottato dal Consiglio del Municipio Roma I, *"sulla partecipazione popolare e sulla istituzione del Laboratorio della cittadinanza"*.

un preciso rapporto pubblicistico tra amministrazione e diretto destinatario, in quanto tali procedimenti sono volti all'adozione di atti generali coi quali l'amministrazione intende compiere delle scelte con riferimento alla localizzazione di future opere pubbliche; pertanto, non sarebbe corretto parlare di terzi nell'ambito di tali procedimenti generali. Tale categoria potrebbe emergere solo nel corso dei successivi procedimenti coi quali l'amministrazione autorizzerà precisi soggetti (i c.d. destinatari diretti) a gestire le opere pianificate a monte.

E tuttavia il fatto di garantire l'effettiva partecipazione, da parte dell'amministrazione, già all'interno di tali procedimenti generali di pianificazione, di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti da quelle scelte localizzative (futuri destinatari diretti e futuri eventuali terzi controinteressati) comporterebbe degli indubbi benefici e vantaggi nell'ambito di tutti i futuri procedimenti *ad hoc* adottati a valle, in quanto essi saranno il frutto di scelte largamente condivise, per effetto dell'effettiva partecipazione garantita a monte tra tutte le parti interessate.

Saranno esaminati nel prosieguo i principali istituti di coinvolgimento, di tutte le parti interessate, nel procedimento generale di pianificazione di opere di pubblica utilità (tra le quali rientrano anche gli impianti pericolosi) previste dal legislatore nazionale e regionale e finalizzate a rendere informati tutti, già dalla prime fasi di formazione del procedimento, delle future scelte relative sia alle modalità operative di gestione di dette opere, sia a una loro più efficiente e ottimale localizzazione).

2. La partecipazione nelle scelte relative alle infrastrutture di rilevanza nazionale. Il dibattito pubblico.

Forme sempre più intense di partecipazione appaiono, dunque, necessarie, in particolare dinnanzi a procedimenti con cui l'amministrazione autorizza una certa attività, da cui potrebbe derivare un pregiudizio a pochi

soggetti ben individuati o individuabili oppure a un numero indefinito di cittadini. Mentre nel primo caso è prevista dalla legge generale sul procedimento una partecipazione c.d. “individualistica”, limitata ai terzi direttamente incisi dall’attività autorizzata (singoli proprietari incisi dal provvedimento finale)⁶²⁶, nel secondo caso, invece, non è previsto alcun meccanismo di partecipazione delle comunità locali interessate, in quanto si è dinnanzi a procedimenti “di massa” (o ad alto contenuto partecipativo) che riguardano non solo e non tanto i singoli proprietari incisi dal provvedimento finale, ma intere comunità che sono comunque coinvolte⁶²⁷.

Ed è in questa seconda ipotesi che confluiscono le situazioni patologiche di fattispecie sopra analizzate e, cioè, i casi in cui l’amministrazione deve, dapprima, decidere se e dove localizzare un impianto o un’opera di pubblica utilità voluti e sostenuti da certi soggetti (che potrebbero ricavarne un certo vantaggio) e avversati da altri che lamentano, in via generale e a titolo esemplificativo, un netto peggioramento della loro qualità della vita a seguito della realizzazione di tali opere⁶²⁸. È proprio in quest’ultima ipotesi che si sono registrate le maggiori lacune legislative in tema di coinvolgimento dei terzi. Si pensi, ad esempio, alle proteste contro la localizzazione e la realizzazione di grandi opere che hanno raggiunto una diffusione capillare su tutto il territorio nazionale⁶²⁹. L’opposizione infrastrutturale, fosse solo per la sua rilevanza numerica e per il correlato impatto sulla vita economica nazionale, rappresenta un fenomeno

⁶²⁶ Cfr. le prime pagine del capitolo I, dove ci si è soffermati sulle possibilità, in capo ai terzi pregiudicati da un certo provvedimento amministrativo, di avere ingresso, *ex art. 9* della legge n. 241 del 1990, nel procedimento.

⁶²⁷ Sui procedimenti di massa v. per tutti G. Pericu, *I procedimenti di massa*, in AA. VV., *Il procedimento tra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione* (a cura di Trimarchi). Atti del convegno sul procedimento amministrativo di Messina, Milano, 1990.

⁶²⁸ Si pensi, ad esempio, al gasdotto trans-adriatico nel Salento, o agli impianti di estrazione di idrocarburi in Val d’Agri, o al parco eolico di Orvieto, al cogeneratore di energia elettrica di Oristano; ancora, l’elettrodotto italo-albanese sulle coste pugliesi dell’adriatico. Nella stessa fattispecie rientrano le problematiche relative ai ripetitori telefonici sopra esaminate.

⁶²⁹ I dati più aggiornati dell’Osservatorio Nimby, che opera in collaborazione con la Presidenza del Consiglio, evidenziano che, nel 2017, sono stati oltre trecentoquaranta gli impianti oggetto di contestazione. Il settore più esposto risulta essere quello energetico, seguito da quello dei rifiuti. E’ inoltre interessante notare che in circa la metà dei casi le opposizioni sono guidate da comitati di cittadini e da associazioni ambientaliste.

complesso, specchio di un problema di efficienza e di qualità dei processi decisionali pubblici⁶³⁰.

Da una parte, infatti, si rinviene la difficoltà delle amministrazioni competenti di ricomporre in modo soddisfacente i numerosi interessi che gravitano attorno al governo del territorio, a partire dalla promozione delle attività industriali rispetto alla tutela dell'ambiente e della salute pubblica⁶³¹; dall'altra, la resistenza alle decisioni in materia infrastrutturale appare l'espressione di un progressivo peggioramento del rapporto fiduciario tra le istituzioni e i cittadini⁶³².

In tale contesto, le strategie decisionali, messe in campo nel nostro ordinamento negli anni passati per ordinare gli interessi e regolare il dissenso, si sono basate soprattutto sul ricorso a strumenti di composizione politica tra i diversi livelli di governo e sull'uso di istituti di coordinamento amministrativo tra i vari enti competenti⁶³³. Tale impostazione è risultata però scarsamente efficace. Il decentramento istituzionale ha, infatti, condotto a parcellizzare sempre più i centri decisionali e a creare una dialettica difficile tra Stato, regioni ed enti locali, portando, di riflesso, a sviluppare una netta tendenza all'accentramento emergenziale, derogatorio delle regole comuni, dei processi di programmazione e di localizzazione

⁶³⁰ Sul tema delle decisioni amministrative nella letteratura giuridica già M.S. Giannini, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, 169 ss.; M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953 e, più di recente, M. Bamardelli, *Decisioni amministrative e pubblica amministrazione. La predeterminazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino 1996; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza dell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

⁶³¹ Tali aspetti problematici emergono chiaramente dalla lettura di L. Torchia, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016.

⁶³² Interessante, sotto questo profilo, l'analisi sociologica che si ritrova in A. Fedi, T. Mannarini, *Oltre il Nimby, la dimensione psico-sociale della protesta contro le opere sgradite*, Milano, 2016.

⁶³³ Si tratta delle intese o, ancora più, delle conferenze di servizi. Cfr. per un approfondimento sistematico in tema di conferenza di servizi D. D'Orsogna, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, e, anche con riferimento alle modifiche più recenti, S. Battini, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Bari, 2016. Quanto invece alle forme del coordinamento amministrativo, tra i numerosi, in modo sistematico, G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996 e F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo*, Milano, 2012.

delle grandi opere⁶³⁴. Al contempo, l'assenza di mezzi idonei a comunicare *ex ante*, in modo chiaro, i contenuti e i rischi dei progetti infrastrutturali, accompagnata dalla debolezza dei dispositivi partecipativi, ha aperto la strada alla moltiplicazione dei fenomeni di protesta⁶³⁵.

Le reazioni territoriali alle grandi opere pongono un problema di migliore definizione delle forme di esercizio delle scelte pubbliche. Occorre quindi individuare tecniche idonee a depotenziare i conflitti e a far comunicare le posizioni delle parti coinvolte nelle politiche infrastrutturali: proprio in vista del raggiungimento di tali obiettivi si è iniziato a fare ricorso a strumenti di ascolto e di partecipazione degli interessati. Tra questi, il più sofisticato è senz'altro il dibattito pubblico, il quale è stato utilizzato in maniera più estesa in Francia⁶³⁶, per poi venire introdotto in Italia, prima a livello locale⁶³⁷ e poi nazionale nel codice degli appalti pubblici⁶³⁸.

⁶³⁴ A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2018 e R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per i fattori esterni alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 778 ss.

⁶³⁵ La descrizione dei decisori pubblici come arroccati in una "cittadella tecnocratica" è utilizzata da M. Roccato, T. Mannarini, "Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti Nimby", Bologna, 2012, 32.

⁶³⁶ Sull'applicazione del modello del *débat public*, introdotto in Francia con la c.d. loi Barnier del 1995 e poi più volte riformato, *Le débat public: une expérience française de démocratie participative*, C. Blatrix, L. Blondiaux e M. Revel (a cura di), Paris, 2007.

⁶³⁷ Si considerino, ad esempio, le recenti esperienze di leggi sulla partecipazione adottate a livello regionale, tra cui spicca quella Toscana. In particolare, il dibattito pubblico regionale, disciplinato dal capo II della legge regionale n. 46 del 2013, è "un processo di informazione, confronto pubblico e partecipazione" su opere, progetti o interventi che assumono una particolare rilevanza per la comunità regionale, in materia ambientale, territoriale, paesaggistica, sociale, culturale ed economica. Esso si svolge, di norma, nelle fasi preliminari di elaborazione di un progetto e prevede il ricorso a una pluralità di strumenti di partecipazione. Tra questi, la diffusione della documentazione tecnica, la testimonianza e il confronto con esperti e scienziati, forum tematici o altri momenti di discussione tra i cittadini, l'uso di Internet e delle nuove tecnologie dell'informazione.

Al riguardo, vedi *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, U. Allegretti (a cura di), Firenze, 2010 e, in particolare, sull'esperienza pilota toscana, A. Florida, *Democrazia deliberativa e processi decisionali: la legge della Regione Toscana sulla partecipazione*, in *Stato e Mercato*, 2008, 83 ss.

⁶³⁸ Cfr. il d.lgs. n. 50/2016, art. 22, rubricato "trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico". In particolare, il citato art. 22 prevede che "Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano sul proprio profilo i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensiva dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono

Con la previsione di tale istituto, il legislatore si è proposto l'obiettivo di instaurare un dialogo attivo tra amministrazione e cittadini titolari di interessi nell'ambito di una certa porzione di territorio, colmando così quel vuoto lasciato, oltre venticinque anni fa, dalla mancata inclusione dell'istruttoria pubblica, come era stata elaborata dalla "commissione Nigro", nella legge generale sul procedimento⁶³⁹.

In realtà, il meccanismo di partecipazione previsto dalla Commissione Nigro non riguardava solo la localizzazione di opere pubbliche, ma anche l'adozione di atti amministrativi a contenuto generale (quali i piani regolatori, i piani paesistici, i piani commerciali, ecc.) aventi un notevole impatto sullo sviluppo della comunità locale⁶⁴⁰. Non è chiaro tuttavia perché tale norma fosse stata stralciata e non riprodotta nel testo della legge n. 241 del 1990. Certo è che la sua introduzione sarebbe stata oltremodo opportuna, al fine di prevedere, piuttosto che tavoli estemporanei convocati *ex post*, a seguito di proteste popolari, dei meccanismi atti ad informare in via preventiva le comunità interessate del perché di determinate scelte e di

pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori".

⁶³⁹ Il modello dell'istruttoria pubblica si sarebbe dovuto applicare per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali, di piani paesistici, per la localizzazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche incidenti in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio ed individuate con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il progetto elaborato da Nigro prevedeva apposite norme partecipative per i procedimenti "di massa", che interessavano una moltitudine di cittadini, specie quelli residenti nelle zone dove le opere pubbliche dovevano realizzarsi. A tal fine erano state previste apposite istruttorie pubbliche, alle quali avrebbero potuto partecipare non solo gli organismi esponenziali della collettività (enti locali interessati, associazioni ambientaliste, ecc.), ma anche semplici cittadini, i quali avrebbero così potuto conoscere i criteri tecnici in base ai quali effettuare una certa scelta, gli accorgimenti adottati per eliminare o comunque ridurre l'impatto delle opere e i possibili vantaggi che potevano derivare dalla loro realizzazione

⁶⁴⁰ In particolare, il punto 7 dello schema di disegno di legge (pubblicato, assieme al parere espresso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato in data 17 febbraio 1987, in *Il Cons. Stato* 1987, II, 525 ed in *Foro It.* 1988, III, 22) prevedeva che "L'adozione degli strumenti urbanistici, di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche, che incidano in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio e che rientrino nelle categorie individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, devono essere precedute da istruttoria pubblica. L'istruttoria è facoltativa nel caso di altri procedimenti di particolare interesse partecipativo. A tal fine l'ufficio procedente, previo pubblico avviso, indice apposite riunioni per l'esame dell'iniziativa. Alle riunioni possono partecipare tutti coloro che vi abbiano interesse, anche di fatto, i quali possono far pervenire proposte e osservazioni scritte".

valutare, assieme alle comunità stesse, le soluzioni tecniche previste per scongiurare possibili pericoli che possono derivare dall'esecuzione delle opere previste⁶⁴¹.

Oltre venticinque anni fa Mario Nigro, commentando le previsioni della legge generale sul procedimento, lamentava che, senza una cornice di regole condivise sulla partecipazione all'attività amministrativa generale, non sarebbe stato agevole costruire un equilibrato rapporto tra i pubblici poteri e i cittadini⁶⁴².

La funzione generale del dibattito pubblico sarebbe proprio quella di colmare lo spazio lasciato vuoto dalla mancata formalizzazione di strumenti trasversali di inclusione dei privati nelle decisioni di interesse comune, realizzando così un coordinamento sempre più collaborativo tra le istituzioni e i privati anche per scelte rilevanti sul piano nazionale.

Si deve innanzitutto considerare che la costruzione di opere di pubblica utilità, specie se si tratta di impianti energetici, di smaltimento di rifiuti o, peggio, di scorie nucleari, porta con sé una quota di rischio per l'ambiente e per la salute dei privati non calcolabile del tutto *ex ante*. Ne consegue che, quanto più l'incertezza è ampia tanto più aumenta la probabilità che sorgano reazioni negative alle scelte localizzative⁶⁴³.

L'esperienza maturata finora nell'ambito del dibattito pubblico ha permesso di evidenziare come, nell'ambito della localizzazione e

⁶⁴¹ Cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 22/11/2018, n. 347. Di seguito si cercherà di comprendere se il modello italiano del dibattito pubblico sia idoneo a raggiungere l'obiettivo per cui è stato previsto. L'assenza di una disciplina compiuta sul coinvolgimento dei cittadini alle scelte di interesse comune ha effettivamente rallentato il processo di formazione di una autentica cultura della partecipazione amministrativa, la cui pratica è rimasta confinata per lo più alla dimensione locale e declinata in chiave quasi sempre reattiva e difensiva. Sull'importanza di passare da una partecipazione minimale, di carattere difensivo, a una attiva di tipo propositivo, in particolare nel contesto del governo del territorio, M. Dugato, *Gli strumenti territoriali come strumenti di programmazione economica*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 267 ss.

⁶⁴² In questo senso M. Nigro, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 13.

⁶⁴³ Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 25/06/2018, n. 3907. Sul fenomeno del "rischio" nelle democrazie contemporanee il riferimento è U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Bari, 2013.

realizzazione di opere pubbliche nazionali, l'adozione di una impostazione procedurale, fondata sulla predisposizione di tecniche di inclusione dei cittadini nell'iter decisionale pubblico, possa produrre risultati positivi senza tuttavia essere esente da alcuni rischi⁶⁴⁴.

Tra gli effetti positivi c'è sicuramente quello di considerare tale istituto come un utilissimo strumento partecipativo, che, se correttamente impostato, dovrebbe imporre alle amministrazioni di condividere *ex ante* i dati in proprio possesso, senza, invece, "giocare a carte coperte"⁶⁴⁵. In particolare, tale meccanismo partecipativo è stato concepito come una sorta di sub-procedimento, che si apre al momento della progettazione di fattibilità e si chiude nella fase di progettazione definitiva, e i cui esiti vengono discussi in sede di conferenza di servizi⁶⁴⁶.

I soggetti diversi dall'ente che vuole realizzare l'opera dovrebbero avere chiaro che il dibattito pubblico è una procedura consultiva. I cittadini non sono chiamati a decidere se realizzare o no un investimento, anche se possono esercitare un certo peso sulla decisione finale. In che misura quei soggetti saranno in grado di esercitare un'influenza, dipenderà soprattutto dalla loro capacità di confrontarsi nel merito delle questioni e di proporre

⁶⁴⁴Cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. II bis, 02/07/2018, n. 7326.

Vedi ampiamente G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010 e M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

⁶⁴⁵ Come anticipato, tra i principali fattori scatenanti le contestazioni territoriali vi è l'idea che le istituzioni e le imprese "giochino a carte coperte", detenendo, di fatto, il monopolio delle conoscenze sui progetti infrastrutturali e diffondendo i contenuti di questi ultimi in maniera strategica, per convincere i cittadini della correttezza delle decisioni che si stanno assumendo. Tale approccio tende a generare l'effetto opposto a quello desiderato, con il conseguente inasprimento del clima in cui devono essere prese le decisioni localizzative. Cfr. sul punto M. Bombardelli, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, G. Arena, F. Cortese (a cura di), Padova, 2011, 37 ss.; un caso in cui tale approccio ha certamente prodotto effetti negativi è quello relativo alla costruzione della Tav in Val di Susa, come sottolineato da A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione*, Napoli, 2011, 196 ss.

⁶⁴⁶ In tal modo, scongiurando così l'ipotesi dell'ennesimo ritorno della partecipazione "postuma", cioè attivabile quando tutte le scelte rilevanti sono state già definite. Cfr. sul punto V. Caputi Jambrenghi, *La fase istruttoria nei procedimenti amministrativi di tutela preventiva dell'ambiente*, in *Diritto interno, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*, V. Parisio (a cura di), Milano, 2009, 49 ss.

eventuali soluzioni migliorative rispetto a quelle indicate dall'amministrazione, o anche di dimostrare l'inutilità dell'investimento. Quanto più tali soggetti sapranno essere interlocutori tecnicamente credibili, tanto più per l'amministrazione sarà difficile trascurare il loro contributo, sia sul piano politico sia nel merito del progetto.

In ogni caso, l'amministrazione proponente non può ignorare l'esito del dibattito. Anzi, dopo la sua conclusione, deve rendere noto se conferma o no l'intenzione di realizzare l'opera. In caso di conferma, deve specificare se prevede di apportare modifiche all'impostazione iniziale e argomentare le ragioni per cui non ritiene di accogliere le proposte alternative eventualmente emerse dal dibattito. Le conclusioni del dibattito pubblico, poi, devono essere nuovamente valutate nel proseguimento dell'elaborazione del progetto e discusse nella conferenza di servizi relativa all'opera.

Uno svolgimento partecipato e approfondito del dibattito pubblico è anche interesse dell'amministrazione che promuove l'investimento: ciò non le garantisce che la realizzazione dell'opera avverrà senza alcuna contestazione, ma potrà ridurre le occasioni di tensioni e conflitti.

Tra gli aspetti criticabili, si evidenzia, in primo luogo, che il dibattito pubblico, oltre ad avere dei costi, potrebbe anche aggravare oltremodo il procedimento, rimettendo di continuo in discussione le scelte da assumere o addirittura già prese⁶⁴⁷. Del resto, sotto quest'ultimo aspetto, l'esperienza ha anche fatto emergere come la partecipazione, sebbene veicolata con mezzi dialogici, abbia più a che fare con l'emersione del dissenso che con la formazione del consenso, non potendosi richiedere sempre a dei cittadini comuni, seppure organizzati in gruppi o comitati, la capacità tecnico-economica di presentare proposte alternative ai progetti che vengono loro

⁶⁴⁷ Da qui l'idea del conflitto potenziale tra la partecipazione e il buon andamento dell'amministrazione, su cui si è soffermato S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., 13 ss.; vedi anche R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 31 ss.; M. Cafagno, *il principio di non aggravamento del procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. Renna (a cura di), Milano, 2012, 493 ss.

presentati⁶⁴⁸. Proprio per porre rimedio ai rischi di una partecipazione sviluppata come un processo libero, si ritiene che il dibattito pubblico debba essere delimitato all'interno di una cornice procedurale rigida, rispettando alcune regole fondamentali.

In particolare, si è sperimentato che la partecipazione deve essere assicurata in una fase del processo decisionale in cui sono aperte ancora tutte le opzioni, compresa quella che i promotori rinuncino del tutto al proprio progetto, dato che è impossibile discutere sul come costruire un'opera senza prima affrontare il problema del se realizzarla⁶⁴⁹. È inoltre essenziale che i tempi della procedura siano piuttosto ristretti, per evitare che si cristallizzino le posizioni delle parti, bloccando per lunghi periodi l'intero percorso decisionale⁶⁵⁰.

Altra critica che può essere rivolta all'istituto riguarda la scelta legislativa di far discutere gli esiti del dibattito pubblico in conferenza di servizi, risultando incoerente il fatto di scaricare su questo modulo il compito aggiuntivo di valutare i risultati di una procedura di confronto tra cittadini, istituzioni e imprese; ciò anche ricordando che, in sede di conferenza di servizi, non è prevista la partecipazione attiva dei privati e che, pertanto, le amministrazioni dovrebbero farsi portavoce di posizioni eventualmente lontane da quelle che esse stesse sostenevano originariamente⁶⁵¹.

Inoltre, si può anche osservare che, sotto questo profilo, il legislatore sembrerebbe aver colto solo in parte l'occasione che gli si è presentata. Infatti, i tempi sarebbero stati maturi per elaborare una legge che raccogliesse, riordinasse e implementasse in modo organico e a livello nazionale tutti gli strumenti di informazione, collaborazione, ascolto e

⁶⁴⁸ Su questi aspetti, L. Bobbio, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, 2006, 11 ss. e MT. Bartoli, *Alcuni dilemmi delle pratiche inclusive*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2007, 103 ss.

⁶⁴⁹ L. Bobbio, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere*, cit. 128 ss.

⁶⁵⁰ Rispettando queste condizioni, l'esperienza ha insegnato che la partecipazione, attuata tramite il dibattito pubblico, può assumere, oltre al valore informativo di cui si è detto, anche un significato collaborativo e indirettamente decisionale.

⁶⁵¹ Cfr. A. Averardi, *Le decisioni amministrative tra dissenso e partecipazione*, 2017, 6 ss.

partecipazione degli interessati alle decisioni pubbliche, che sono oggi disseminati, spesso in modo incoerente, in diverse discipline⁶⁵². Così facendo, tra l'altro, si sarebbe evitato di confinare un meccanismo partecipativo all'interno di una disposizione di un codice dedicato a una specifica materia, e, soprattutto, si sarebbe potuta invertire la tendenza a considerare la partecipazione come una potenzialità attivabile solo occasionalmente⁶⁵³.

Quanto all'obiettivo più specifico del dibattito pubblico, e cioè quello di concorrere utilmente a sciogliere il nodo del consenso intorno alle decisioni infrastrutturali più controverse, si è visto che, anche se alcune scelte legislative relative allo stesso istituto appaiano piuttosto criticabili, è pur anche vero che già la sua semplice introduzione nel nostro ordinamento costituisce una novità importante.

Dietro la previsione formale di questo strumento di dialogo tra amministrazione, imprese e cittadini si intravede, infatti, un primo riconoscimento, legislativo e culturale, dell'evidenza che la composizione degli interessi incidenti sul territorio deve passare anche da una de-verticalizzazione dei processi decisionali pubblici, evitando così di ricorrere a scorciatoie centraliste, finalizzate a neutralizzare (ingiustamente) il conflitto sociale. L'ingresso del dibattito pubblico sulle grandi opere potrebbe quindi segnare il primo passo di un percorso volto a cogliere quelle connessioni tra l'efficienza e la condivisione sociale delle scelte di interesse pubblico, preparando le istituzioni ad affrontare la sfida di non essere più, nella loro azione, solo proceduralmente corrette, ma anche eque sotto il profilo degli effetti che le loro scelte producono sui cittadini.

⁶⁵² Basti pensare che il Governo ha da poco impugnato la legge sulla partecipazione della Regione Puglia, n. 28/2017, poiché contenente disposizioni che incidono su opere di interesse nazionale, alle quali si dovrebbe invece applicare proprio la normativa nazionale sul dibattito pubblico.

⁶⁵³ Certo, non aiuta in questo senso il fatto che il dibattito pubblico sia previsto come obbligatorio solo per opere di valore compreso tra i duecento e i cinquecento milioni di euro a seconda della tipologia di intervento, mentre, negli altri casi, è indicata solo la possibilità di richiedere l'attivazione del dibattito solo da parte delle amministrazioni centrali (Presidenza del Consiglio e Ministeri), degli enti locali (un consiglio regionale, una provincia, una città metropolitana, tanti consigli comunali che siano rappresentativi di almeno centomila abitanti) o dei cittadini (almeno cinquantamila elettori).

3. La partecipazione dei cittadini secondo l'ottica dell'Unione Europea.

Il problema dei terzi sorge, come emerso dal lavoro finora svolto, dalla situazione patologica di non aver l'amministrazione saputo o potuto informare, prima, e far partecipare, dopo, tutti i possibili soggetti titolari di interessi, anche di mero fatto, alla realizzazione (o alla non realizzazione) di una certa opera su una precisa porzione di territorio.

Quanto sopra esposto mostra chiaramente, infatti, che sarebbe opportuno coinvolgere tutti i soggetti potenzialmente interessati, prima di compiere una scelta tra più possibili soluzioni che impattano su un gran numero di individui. Si è visto, infatti, che la partecipazione attiva di tutti gli interessati (terzi compresi) potrà migliorare la capacità del governo politico e amministrativo a dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la stessa Costituzione riconosce e garantisce⁶⁵⁴.

Le stesse istituzioni dell'Unione europea si sono dimostrate, negli ultimi anni, molto attente al tema del coinvolgimento dei cittadini nei progetti europei.

Con particolare riferimento all'esercizio della funzione della c.d. "amministrazione del rischio", si è avuto modo di vedere come anche l'ordinamento europeo richieda, nella fase preventiva e precauzionale, il coinvolgimento della collettività, chiamata a svolgere un ruolo strategico, grazie alla previsione di una partecipazione del pubblico ai processi decisionali⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ P. Urbani, Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico – Organizzazione e rapporti*, Torino, 2013, 63 ss.; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2018, 64 ss.

⁶⁵⁵ L'Unione Europea riconosce la centralità della partecipazione del pubblico in materia ambientale e, in particolare, la centralità del ruolo della collettività nella lotta all'inquinamento è oggi ancora più evidente con l'introduzione dello strumento dell'iniziativa dei cittadini europei (art. 11, par. 4 TUE) che ha trovato una prima attuazione proprio con riguardo alle richieste connesse all'ambiente. È stato il caso dell'iniziativa sul diritto dell'acqua registrata il 10 maggio 2012, che ha condotto la Commissione a impegnarsi per un rafforzamento della legislazione in materia di qualità delle acque in linea con il Settimo Programma di azione (v. anche l'iniziativa "*Stop plastic in the sea*").

Lo stesso Trattato di Lisbona riporta il cittadino al centro dell'Unione europea e delle sue istituzioni, promuovendo una democrazia europea che offra ai cittadini l'opportunità di interessarsi e partecipare al funzionamento e allo sviluppo dell'Ue.

Nel Trattato trovano riconoscimento alcuni importanti principi: il principio di prossimità, secondo cui le decisioni devono essere prese nella maniera il più possibile vicina ai cittadini (art. 10)⁶⁵⁶ e il principio del coinvolgimento dei cittadini e delle associazioni rappresentative (paragrafi 1 e 2 dell'art. 11 del TUE)⁶⁵⁷.

Viene istituito per la prima volta un diritto d'iniziativa dei cittadini (paragrafo 4 dell'art. 11 del TUE)⁶⁵⁸. Tale disposizione rispecchia la volontà dell'UE di coinvolgere i cittadini nei progetti europei e nella presa di decisioni che li riguardano.

La partecipazione democratica al processo di definizione delle politiche di coesione è uno degli elementi della capacità istituzionale ad essere individuato, a partire dal Rapporto Barca⁶⁵⁹, come condizione per garantire

Sul ruolo delle organizzazioni non governative cfr. Corte di giustizia, 12 maggio 2011, C-115/09. L'Unione Europea riconosce la centralità della partecipazione del pubblico in materia ambientale; in particolare, la centralità del ruolo della collettività nella lotta all'inquinamento è oggi ancora più evidente con l'introduzione dello strumento dell'iniziativa dei cittadini europei (art. 11, par. 4 TUE) che ha trovato una prima attuazione proprio con riguardo alle richieste connesse all'ambiente.

⁶⁵⁶ In particolare, l'art. 10 dispone che: "1. Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa. 2. I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. 3. Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini. 4. I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e a esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione".

⁶⁵⁷ Art. 11: "1. Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile".

⁶⁵⁸ I Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati.

⁶⁵⁹ Si tratta della versione italiana (126 pagine) della sintesi, dell'introduzione e del primo e quinto capitolo del rapporto "An agenda for Reformed Cohesion Policy" (218 pagine), rapporto

l'efficacia delle azioni finalizzate a consolidare la coesione economica e sociale dell'Unione Europea, correggendo gli squilibri fra le regioni e finanziate attraverso i fondi SIE⁶⁶⁰.

Il tema del coinvolgimento dei cittadini e di tutti i soggetti interessati è ripreso nei regolamenti dell'Unione: in particolare, il regolamento UE 1303/2013, recante disposizioni comuni per i fondi strutturali, affronta il tema della partecipazione con particolare riferimento ai processi partenariali e all'ambito delle iniziative di sviluppo locale di tipo partecipativo⁶⁶¹.

Nel contesto della politica di coesione, la partecipazione è fondamentale per garantire che le scelte locali siano fondate su un'adeguata informazione e sufficientemente in linea con le preferenze degli individui, e per consentire

indipendente predisposto da Fabrizio Barca su richiesta di Danuta Hübner, Commissario europeo alla politica regionale, volto a definire "una politica di sviluppo per rispondere alle sfide e alle aspettative dell'Unione europea".

In un'analisi complessiva orientata a mettere l'attenzione sull'utilizzo dei fondi strutturali nell'Unione europea, in particolare, con riferimento alle tematiche riguardanti il lavoro, si prende in considerazione il tema della inclusione sociale: "la prospettiva multidimensionale è stata da lungo tempo adottata dall'Unione Europea nel promuovere l'impegno e la collaborazione degli Stati membri nel ridurre le disuguaglianze attraverso il Processo di protezione e inclusione sociale. Questo dibattito politico e metodologico si è avvalso del concetto di "inclusione sociale", che comprende l'accesso di tutti i cittadini alle risorse di base, ai servizi sociali, al mercato del lavoro e ai diritti necessari "per partecipare pienamente alla vita economica, sociale e culturale, e per godere di un tenore di vita e di un benessere, considerati normali nella società in cui vivono. Assieme all'approccio multidimensionale, questo approccio incorpora anche il concetto di soglia della disuguaglianza e una visione interpersonale della stessa, e si concentra fortemente sul processo attraverso il quale viene perseguita una maggiore equità" (pag. 31).

⁶⁶⁰ Per il ciclo 2014-2020, la politica di coesione è finanziata attraverso i Fondi strutturali e di investimento europei (Fondi SIE). Questi ultimi comprendono cinque diversi fondi, disciplinati dal regolamento (UE) n.1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, noto come «regolamento disposizioni comuni».

⁶⁶¹ Cfr. il punto 101 del Preambolo: "È importante informare il pubblico in merito ai risultati raggiunti dai Fondi sensibilizzando altresì in merito agli obiettivi della politica di coesione. I cittadini dovrebbero avere il diritto di sapere come sono investite le risorse finanziarie dell'Unione. La responsabilità di garantire la comunicazione al pubblico di informazioni adeguate dovrebbe spettare sia alle autorità di gestione che ai beneficiari come pure alle istituzioni dell'Unione e agli organismi consultivi. Per garantire una maggiore efficienza della comunicazione al grande pubblico e rafforzare le sinergie tra le attività di comunicazione svolte su iniziativa della Commissione, le risorse destinate alle attività di comunicazione a norma del presente regolamento dovrebbero altresì concorrere a finanziare la comunicazione istituzionale delle priorità politiche dell'Unione, nella misura in cui quest'ultime siano connesse agli obiettivi generali del presente regolamento".

ai cittadini e alle autorità la libertà di sperimentare soluzioni, esercitando al contempo un monitoraggio reciproco.

Si rammenta, infine, che l'Unione europea, come si avrà occasione di puntualizzare nel prosieguo, è stata da sempre molto attenta al coinvolgimento del pubblico nei procedimenti decisionali, specie in quelli che possono presentare un certo impatto sull'ambiente e sulla salute della popolazione⁶⁶².

4. Leggi regionali sulla partecipazione: il modello Toscana.

In questi anni diverse amministrazioni pubbliche locali hanno intrapreso iniziative volte a favorire sempre più il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati a orientare l'azione amministrativa in una certa direzione anziché in un'altra, e ciò è stato possibile grazie all'intervento da parte dello stesso legislatore regionale, ispirato al modello della democrazia deliberativa e attuato anche attraverso interventi di tipo giuridico. È il caso delle regioni Toscana, Emilia Romagna, Umbria che si sono dotate di una normativa organica sul tema.

La Regione Toscana, in particolare, è stata la prima delle regioni italiane a emanare una legge regionale al fine di introdurre pratiche partecipative riconducibili ai principi della democrazia deliberativa all'interno delle proprie attività istituzionali. In particolare, la legge regionale n. 69 del 2007, recante "Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali", è stata approvata dal Consiglio regionale toscano a seguito di un percorso partecipativo che ha coinvolto, attraverso

⁶⁶² Cfr. da ultimo Corte Giust. UE, sez. IV, 28 febbraio 2018, causa C-117/17, Comune di Castibellino contro Regione Marche; si rammenta, inoltre, che il Trattato di Amsterdam, già nel 1997, individuava tra i suoi principali obiettivi, "la tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente, la protezione della salute umana e l'utilizzazione razionale delle risorse naturali". Si rammenta altresì che l'ambiente rappresenta un valore tutelato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

dello strumento dell'*e-Town meeting*⁶⁶³, centinaia di cittadini toscani in una discussione approfondita sui contenuti della normativa.

La partecipazione viene concepita da tale legge come una fase del processo decisionale: essa prevede che gli esiti di un processo partecipativo non siano vincolanti per le istituzioni, ma che il decisore politico, in una logica di *accountability*, ne tenga conto e motivi pubblicamente le ragioni del mancato o parziale accoglimento delle tesi emerse nel processo partecipativo.

Tra le novità di tale legge c'è innanzitutto l'istituzione del dibattito pubblico regionale, ispirato, come già sottolineato sopra, al modello della *Commissione Nationale du Dèbat Public* presente nella legislazione francese e che prevede la possibilità per grandi interventi, opere pubbliche o questioni di grande impatto per la vita dell'intera comunità regionale, di svolgere un confronto pubblico, articolato sulla base di regole ben precise, della durata di sei mesi e condotto sotto la responsabilità di un organo monocratico terzo, indipendente e neutrale, che la legge stessa istituisce: l'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione⁶⁶⁴.

Inoltre, tale legge ha previsto un rafforzamento dei numerosi momenti di partecipazione già previsti nelle politiche regionali e, in particolare, nei settori del campo sociale, sanitario, energetico e dei rifiuti).

Sulla base di tale legge sono stati avviati e finanziati ben 116 processi partecipativi sui temi più diversi, quali, ad esempio, la localizzazione di depuratori, le linee strategiche di piani territoriali, la riconversione di edifici storici, bilanci partecipativi, le ristrutturazioni di importanti spazi urbani, la politica per i rifiuti, progetti educativi per la cittadinanza attiva nelle scuole, ecc.

⁶⁶³ Il *Town meeting* elettronico (e-TM) è uno strumento di confronto deliberativo che permette il coinvolgimento di grandi gruppi di persone nella discussione di un tema nel corso di un'unica giornata, con persone partecipanti anche da sedi diverse e in diverse lingue.

⁶⁶⁴ Tale Autorità è l'organismo cui la legge regionale affida il compito di promuovere la partecipazione dei cittadini nei processi di costruzione delle politiche regionali e locali, un aspetto dell'ordinamento toscano sancito dallo Statuto regionale.

Si stima che nel corso di questi 116 processi abbiano preso parte agli incontri partecipativi in senso stretto (ovvero incontri strutturati secondo metodologie dialogiche) oltre 10.000 cittadini interessati.

Da ultimo, tale legge regionale è stata poi sottoposta a un processo di valutazione e analisi delle esperienze di partecipazione realizzate con il suo sostegno, processo che ha avuto come esito l'emanazione di una nuova legge, la legge regionale n. 46 del 2 agosto 2013 sul "Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali".

La nuova legge rafforza gli aspetti innovativi della legge n. 69 introducendo dei correttivi finalizzati a semplificare l'attivazione delle procedure partecipative e a istituzionalizzare la partecipazione stessa. È il caso, ad esempio, dell'istituto del dibattito pubblico, che, per i limiti dell'esperienza passata, la nuova legge rende obbligatorio per tutte le opere che superano la soglia dei 50 milioni di euro.

Inoltre, tale legge si propone, tra i suoi principali obiettivi, quello di *"contribuire a rafforzare e a rinnovare la democrazia e le sue istituzioni, integrando la loro azione con pratiche, processi e strumenti di democrazia partecipativa e a promuovere la partecipazione come forma ordinaria di amministrazione e di governo della Regione in tutti i settori e a tutti i livelli amministrativi"*⁶⁶⁵.

⁶⁶⁵ Cfr. gli articoli 1 e 2 della legge 46. Art. 1 "Diritto di partecipazione e obiettivi della legge":

1. La Regione, ai sensi dell'articolo 3 dello Statuto, riconosce il diritto dei cittadini alla partecipazione attiva all'elaborazione delle politiche pubbliche regionali e locali, nelle forme disciplinate dalla presente legge.

2. La Regione con la presente legge persegue gli obiettivi di:

a) contribuire a rafforzare e a rinnovare la democrazia e le sue istituzioni, integrando la loro azione con pratiche, processi e strumenti di democrazia partecipativa;

b) promuovere la partecipazione come forma ordinaria di amministrazione e di governo della Regione in tutti i settori e a tutti i livelli amministrativi;

c) rafforzare, attraverso la partecipazione degli abitanti, la capacità di costruzione, definizione ed elaborazione delle politiche pubbliche;

d) contribuire ad una più elevata coesione sociale, attraverso la diffusione della cultura della partecipazione e la valorizzazione di tutte le forme di impegno civico, dei saperi e delle competenze diffuse nella società;

e) valorizzare e diffondere le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione come strumenti al servizio della partecipazione democratica dei cittadini;

La legge regionale n. 46 del 2013 modifica anche la natura della struttura della Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione, che non è più un organo monocratico, ma collegiale, composto da tre persone nominate dal Consiglio regionale.

Occorre sottolineare che i dati finora emersi mostrano chiaramente come la legge abbia svolto in concreto un forte ruolo di sensibilizzazione in tema di partecipazione dei cittadini nei procedimenti amministrativi e sia sempre più un punto di riferimento per gli attori del territorio, non solo enti locali ma anche imprese, associazioni, comitati di cittadini che vogliono investire nella costruzione di percorsi inclusivi⁶⁶⁶.

5. La partecipazione negli atti di pianificazione.

Al fine di garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.) sarebbe opportuno, specie nei cc.dd. "procedimenti di massa", favorire la partecipazione dei cittadini durante l'esercizio dell'azione amministrativa, saperli coinvolgere, dare loro la possibilità di apportare all'interno del procedimento "contributi

f) contribuire alla parità di genere;

g) favorire l'inclusione dei soggetti deboli e l'emersione di interessi diffusi o scarsamente rappresentati;

h) valorizzare le migliori esperienze di partecipazione, promuovendone la conoscenza e la diffusione.

Articolo 2 "Titolari del diritto di partecipazione":

Possono intervenire nei processi partecipativi i cittadini residenti e gli stranieri e gli apolidi regolarmente residenti nel territorio interessato da processi partecipativi; e le persone che lavorano, studiano o soggiornano nel territorio le quali hanno interesse al territorio stesso o all'oggetto del processo partecipativo e che il responsabile del dibattito di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c), ritenga utile far intervenire nel processo partecipativo.

⁶⁶⁶ Il 40% dei progetti finanziati hanno avuto ad oggetto strumenti di programmazione e governance partecipativa (formulazione piani, regolamenti e/o politiche per la partecipazione; politiche pubbliche per la mobilità e i trasporti; politiche pubbliche per lo sviluppo economico/turismo; Bilanci partecipativi; piani di sviluppo locale e strumenti strategici; politiche per l'istruzione: progettazione offerta didattica; politiche pubbliche culturali; politiche pubbliche per l'integrazione), il 32% coesione e beni comuni (creazione legami/"patti" comunitari, contratti di fiume ecc.; Piani partecipati della protezione civile; strategie di coesione sociale), il 28% la pianificazione territoriale (recupero e rivitalizzazione centri storici; formulazione piani urbanistici e regolamenti; progettazione ambientale; progettazione di servizi; progettazione e riqualificazione scuole e servizi scolastici; recupero edifici storici e progettazione di servizi).

partecipativi”, che permettano all’amministrazione procedente di trovare, in presenza di vari interessi contrapposti, la migliore soluzione nel caso concreto. Si tratta ora di capire se tale affermazione possa valere anche nei procedimenti di pianificazione, vista la loro idoneità a produrre effetti giuridici, anche pregiudizievoli, nei confronti di un gran numero di individui⁶⁶⁷.

I procedimenti di pianificazione urbanistica, come ogni procedimento amministrativo, devono rispettare tutte le fasi di formazione del provvedimento previste dal diritto urbanistico⁶⁶⁸ e, in particolare, la fase dell’istruttoria⁶⁶⁹. Anche i procedimenti di pianificazione sono infatti di norma caratterizzati da un’istruttoria che si forma in contraddittorio con gli interessati: i privati, cioè, vengono sollecitati a partecipare in quanto soggetti esterni all’amministrazione procedente⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ Si rammenta che i piani urbanistici hanno natura di atto amministrativo ed hanno di regola natura mista, perché contengono sia provvedimenti puntuali, sia provvedimenti di ordine normativo, dotate dei requisiti di generalità ed astrattezza. Il vero cardine della pianificazione urbanistica è rappresentato dal piano regolatore generale, la cui adozione è di competenza del Comune, che vi provvede all’esito di un sub procedimento che consente ai privati interessati di fare le opportune osservazioni: cfr. R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed. 2017, 1028 ss.; sul punto cfr. anche A. Magnaghi, “Cittadinanza attiva e riconoscimento dei paesaggi” in *Urbanistica Informazioni*, 2007, n. 215 ss.; L. Mazza, “I linguaggi della pianificazione”, in *Urbanistica*, 2010, 1994; Capuzzimati G., “Nuovi strumenti di pianificazione urbanistica comunale”, in *Istituzioni del Federalismo*, 2009, fasc. S3, 6 ss.; Colonna V., “Nuovo modello di pianificazione e perequazione urbanistica nella legislazione regionale dell’ultimo decennio”, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2007 fasc. 2, 63 ss.; De Pretis D., “Semplificazione, urbanistica ed edilizia”, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2007 fasc. 3, 316 ss.; Gattamelata S., Nardelli C., “Il piano regolatore generale di Roma nuovamente al vaglio del Giudice Amministrativo: quale sorte per i meccanismi di perequazione?”, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2010 fasc. 1-2, 76ss.

⁶⁶⁸ La fase dell’istruttoria è di fondamentale importanza nei procedimenti di pianificazione urbanistica, poiché è in tale fase che comincia a delinearsi la volontà dell’amministrazione nel caso concreto, soggetta a mutamenti e verifiche fino al momento in cui non verrà tradotta in un provvedimento finale. In particolare, nell’istruttoria procedimentale prende forma una prima ipotesi di provvedimento attraverso l’acquisizione e la preliminare valutazione dei fatti e degli interessi.

⁶⁶⁹ Cfr. le prime pagine del cap. I, dove ci si è soffermati largamente in tema di istruttoria nel procedimento amministrativo.

⁶⁷⁰ Le loro deduzioni prendono il nome di “osservazioni e opposizioni” e sono viste come forme di intervento che si concretizzano in memorie scritte, le quali rivestono anche una funzione di collaborazione.

Prima della legge n. 241 del 1990 vi era scarsa attenzione al tema generale della partecipazione, anche se preme sottolineare come la legge urbanistica del 1942 fosse, a livello di principio, molto innovativa, in quanto già prevedeva che le osservazioni presentate, ai sensi dell'art. 10, concorrevano alla formazione del piano e che l'amministrazione doveva esaminarle e motivarne tanto l'accoglimento quanto il rigetto⁶⁷¹.

La partecipazione nella pianificazione nasce quindi nel 1942, anche se nella norma originaria le osservazioni erano circoscritte ai portatori di interessi diffusi. Solo nel 1954, con circolare ministeriale, si sancisce che

⁶⁷¹ Cfr. l'art. 10 della legge del 1942: "Approvazione del piano regolatore":

"1. Il piano regolatore generale è approvato con decreto del Ministro per i lavori pubblici, sentito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

2. Con lo stesso decreto di approvazione possono essere apportate al piano su parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e sentito il comune, le modifiche che non comportino sostanziali innovazioni, tali cioè da mutare le caratteristiche essenziali del piano stesso ed i criteri di impostazione, le modifiche conseguenti all'accoglimento di osservazioni presentate al piano ed accettate con deliberazione del Consiglio comunale, nonché quelle che siano riconosciute indispensabili per assicurare:

a) il rispetto delle previsioni del piano territoriale di coordinamento a norma dell'art. 6, secondo comma;

b) la razionale e coordinata sistemazione delle opere e degli impianti di interesse dello Stato;

c) la tutela del paesaggio e di complessi storici, monumentali, ambientali ed archeologici;

d) l'osservanza dei limiti di cui agli artt. 41-quinquies, sesto e ottavo comma e 41-sexies della presente legge.

3. Le modifiche di cui alla lettera c) sono approvate sentito il Ministro per la pubblica istruzione che può anche dettare prescrizioni particolari per singoli immobili di interesse storico-artistico.

4. Le proposte di modifica, di cui al secondo comma, ad eccezione di quelle riguardanti le osservazioni presentate al piano, sono comunicate al comune, il quale entro novanta giorni adotta le proprie controdeduzioni con deliberazione del Consiglio comunale che, previa pubblicazione nel primo giorno festivo, è trasmessa al Ministero dei lavori pubblici nei successivi quindici giorni.

5. Nelle more di approvazione del piano, le normali misure di salvaguardia di cui alla legge 3 novembre 1952, n. 1902 e successive modificazioni sono obbligatorie.

6. Il decreto di approvazione del piano è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del Regno. Il deposito del piano approvato presso il comune, a libera visione del pubblico è fatto nei modi e termini stabiliti dal regolamento.

7. Nessuna proposta di variante al piano approvato può aver corso se non sia intervenuta la preventiva autorizzazione del Ministro per i lavori pubblici che potrà concederla, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, in vista di sopravvenute ragioni che determinino la totale o parziale inattualità del piano medesimo o la convenienza di migliorarlo.

8. Non sono soggette alla preventiva autorizzazione le varianti, anche generali, intese ad adeguare il piano approvato ai limiti e rapporti fissati con i decreti previsti dall'ultimo comma dell'art. 41-quinquies e dall'art. 41-septies della presente legge nonché le modifiche alle norme di attuazione e le varianti parziali che non incidano sui criteri informativi del piano stesso.

9 La variazione del piano è approvata con la stessa procedura stabilita per l'approvazione del piano originario".

chiunque può presentare osservazioni, quindi anche i privati in quanto tali, senza rappresentanza o intermediazione da parte di associazioni, possono entrare a pieno diritto nel procedimento di formazione dei piani⁶⁷².

Il problema che subito si evince da quella normativa attiene al momento in cui vengono presentate tali osservazioni e, cioè, solo dopo l'adozione del piano stesso⁶⁷³, perdendo così la partecipazione la sua funzione propria, quale quella di permettere ai soggetti coinvolti di collaborare per apportare parziali correttivi⁶⁷⁴.

Nel 1990 viene emanata la legge n. 241, che afferma, tra i vari principi, anche quello della partecipazione⁶⁷⁵. Il principio generale che emerge dalla

⁶⁷² La casistica delle osservazioni è amplissima: quelle presentate da associazioni ambientaliste, che chiedono di ridurre indici, eliminare zone edificabili; quelle dei privati che evidenziano palesi disparità di trattamento, errori, analisi errate, vincoli ignorati o che chiedono eliminazione di vincoli o edificabilità in zone che tali non sono; fino ad arrivare ad osservazioni che contestano la ratio del piano stesso e quindi gli obiettivi o la mancata considerazione di atti abilitativi già rilasciati.

⁶⁷³ La partecipazione avviene, infatti, quando il piano è stato già adottato, nella sua versione quasi definitiva, posto che l'idea originaria della legge, che concepiva il preliminare quale preprogetto, è stato poi disattesa nella pratica e il preliminare diventa, nei fatti, il piano vero e proprio.

⁶⁷⁴ La partecipazione dei privati presupporrebbe la conoscenza piena, oggettiva e facilitata, ma spesso il conflitto tra le parti è inevitabile, in quanto l'aumento dei documenti di piano, la complessità delle norme e la pluralità dei soggetti che intervengono nel procedimento rendono molto più difficile la comprensione effettiva dei piani stessi.

⁶⁷⁵ D. Corletto, La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 928 ss.; S. Cassese, La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 14 ss.; F. Fracchia, Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo, in *Dir. amm.*, 1996, 18 ss.; A. Zito, Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo, Milano, 1996; A. Travi, Interessi procedurali e pretese partecipative: un dibattito aperto; S. Tarullo, Il principio di collaborazione procedimentale, cit., 352 ss.; F. Figorilli, Il contraddittorio nel procedimento amministrativo, cit., 248 ss.; G. Pastori (a cura di), La procedura amministrativa, cit., 550 ss., Introduzioni ai lavori, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, cit., 7 ss.; F. Benvenuti, Funzione amministrativa, procedimento, processo, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 1127; L. Migliorini, La funzione amministrativa ed il procedimento amministrativo, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena, 1996, 1181 ss. U. Allegretti, Procedimento amministrativo, in P. Grossi (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, 1997, 270 ss.; M. Bellavista, Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura, Padova, 2012, 29 ss.; O. Renelletti, A. Amorth, *Procedimento amministrativo*, in *Nuovo dig. It.*, X, Torino, 1939, p. 528 ss.; G. Miele, Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo, in *Foro it.*, 1933, III, c. 377, n. 6; R. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., 2014, 646 ss.

legge n. 241 è l'inscindibilità tra partecipazione, accessibilità, trasparenza e comunicazione. Ma tale principio ha pochi effetti in tema di pianificazione e ciò in quanto la stessa legge esclude esplicitamente dalla partecipazione, come già precisato fine dalle prime pagine del primo capitolo, alcuni atti, tra cui anche quelli di pianificazione⁶⁷⁶.

Cambia però la cultura e il modo di instaurare i rapporti tra privati e istituzioni e iniziano così ad essere emanate le prime leggi regionali che disciplinano la formazione degli strumenti urbanistici che mettono al primo posto nel procedimento di formazione degli atti di pianificazione proprio la partecipazione dei soggetti privati.

Negli ultimi anni, infatti, la partecipazione è mossa sempre più da ragioni di "controllo sociale". Spesso vengono previste da leggi regionali in materia di governo del territorio forme di consultazione attiva, che la dottrina chiama "consultazioni": si tratta di suggerimenti o accorgimenti in merito all'impostazione da dare al piano da parte di organismi rappresentativi della società civile, quali sindacati, organizzazioni di imprenditori, associazioni politiche, ambientaliste, culturali e così via⁶⁷⁷.

La legge regionale lombarda n. 12 dell'11 marzo 2005, ad esempio, nel disciplinare gli strumenti di governo del territorio, introduce, a livello comunale, un nuovo strumento urbanistico, sostituendo il piano regolatore generale con il c.d. piano di governo del territorio (PGT).

La principale novità rappresentata dal PGT riguarda proprio la partecipazione dei cittadini; il primo atto che l'amministrazione è tenuta a compiere, quando decide di iniziare la stesura di tale atto, è proprio quello di informare la cittadinanza che il procedimento è iniziato. I cittadini sono

⁶⁷⁶ Cfr. l'art. 13 della legge generale sul procedimento amministrativo (Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione) e, in particolare, il comma 1: "Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione"; e il comma 2: "Dette disposizioni non si applicano altresì ai procedimenti tributari per i quali restano parimenti ferme le particolari norme che li regolano".

⁶⁷⁷ Cfr. Urbani P., Civitarese Matteucci S., *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*. Torino 2013, 62 ss.

invitati già da questa fase a formulare proposte in merito, siano essi titolari di interessi oppositivi, pretensivi o anche di mero fatto⁶⁷⁸.

La differenza rispetto al piano regolatore generale sta nel fatto che in quel caso i cittadini erano chiamati a esprimersi solo dopo la prima adozione, sotto forma di osservazioni al PRG già adottato, mentre adesso si percepisce chiaramente la volontà del legislatore di comunicare fin da subito a tutti i potenziali interessati la volontà di adottare un nuovo atto di pianificazione o di voler apporre delle varianti⁶⁷⁹ a un piano precedentemente approvato, prevedendo esplicitamente l'obbligo in capo ai comuni di *“pubblicare avviso di avvio del procedimento su almeno un quotidiano o periodico a diffusione locale e sui normali canali di comunicazione con la cittadinanza, stabilendo il termine entro il quale chiunque abbia interesse può presentare suggerimenti e proposte”*⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ Cfr. l'art. 2, comma 3, della legge lombarda n. 12: *“I piani si uniformano al criterio della sostenibilità, intesa come la garanzia di uguale possibilità di crescita del benessere dei cittadini e di salvaguardia dei diritti delle future generazioni”*. Cfr., altresì, il comma 5 del medesimo articolo: *“Il governo del territorio si caratterizza per:*

- a) la pubblicità e la trasparenza delle attività che conducono alla formazione degli strumenti;*
- b) la partecipazione diffusa dei cittadini e delle loro associazioni;*
- c) la possibile integrazione dei contenuti della pianificazione da parte dei privati;*
- c-bis) la riduzione del consumo di suolo”*.

⁶⁷⁹ Le disposizioni di cui all'art. 13 della legge n. 12 del 2005, concernenti la partecipazione al procedimento di formazione del piano da parte di chiunque vi abbia interesse, valgono anche per il procedimento di formazione delle varianti al piano stesso. Cfr. sul punto il comma 13 dell'art. 13 della legge in commento.

⁶⁸⁰ Cfr. i primi quattro commi dell'art. 13 della legge n. 12 in commento: *“1. Gli atti di PGT sono adottati ed approvati dal consiglio comunale. In fase di prima approvazione del PGT i comuni con popolazione superiore a 2.000 abitanti approvano il documento di piano, il piano dei servizi ed il piano delle regole mediante un unico procedimento. 2. Prima del conferimento dell'incarico di redazione degli atti del PGT, il comune pubblica avviso di avvio del procedimento su almeno un quotidiano o periodico a diffusione locale e sui normali canali di comunicazione con la cittadinanza, stabilendo il termine entro il quale chiunque abbia interesse, anche per la tutela degli interessi diffusi, può presentare suggerimenti e proposte. Il comune può, altresì, determinare altre forme di pubblicità e partecipazione. 3. Prima dell'adozione degli atti di PGT il comune, tramite consultazioni, acquisisce entro trenta giorni il parere delle parti sociali ed economiche. 4. Entro novanta giorni dall'adozione, gli atti di PGT sono depositati, a pena di inefficacia degli stessi, nella segreteria comunale per un periodo continuativo di trenta giorni, ai fini della presentazione di osservazioni nei successivi trenta giorni. Gli atti sono altresì pubblicati nel sito informatico dell'amministrazione comunale. Del deposito degli atti e della pubblicazione nel sito informatico dell'amministrazione comunale è fatta, a cura del comune, pubblicità sul Bollettino ufficiale della Regione e su almeno un quotidiano o periodico a diffusione locale”*.

A titolo esemplificativo si rammenta inoltre che il 9 febbraio 2016 è stata adottata dal Comune di Milano la c.d. “Carta della partecipazione”, che chiarisce che la partecipazione è aperta a tutti i soggetti interessati a partecipare alla pianificazione territoriale della città e include i residenti nel Comune che abbiamo compiuto i 16 anni, siano essi cittadini italiani, di paesi membri dell’Unione Europea o di Paesi terzi⁶⁸¹. La stessa Carta prevede poi che la partecipazione, per potersi compiere, necessita di luoghi di incontro fisici e virtuali e, a tale scopo, impone alle amministrazioni di favorire l’utilizzo di spazi pubblici (scuole, biblioteche, centri per gli anziani), luoghi privati (locali ricreativi, portinerie) e spazi dismessi semplificando l’iter per il loro utilizzo, nonché di creare spazi *on line* di facile e di immediato accesso che facilitino la stessa informazione sugli argomenti di pubblico interesse⁶⁸².

Questi appena esaminati, sia pure per sommi capi, sono solo alcuni esempi di come il legislatore regionale e comunale si stia dimostrando sempre più attento, nella predisposizione di norme sul governo del territorio, a garantire la partecipazione dei cittadini nella formazione di atti che incidono sul loro territorio, richiamando i noti istituti partecipativi del dialogo, della consultazione, della collaborazione e dello stesso dibattito pubblico.

Si confronti, ancora, il regolamento del 25 luglio 2014, adottato dal Consiglio del Municipio Roma I, “sulla partecipazione popolare e sulla istituzione del Laboratorio della cittadinanza” che, nel richiamare le linee programmatiche 2013/2018⁶⁸³, riconosce espressamente come “la

⁶⁸¹ La Carta precisa, altresì, che i diritti di partecipazione possono essere anche estesi a coloro che, pur residenti in altri comuni, abbiano un rapporto continuativo con il territorio comunale per ragioni di studio, lavoro o domicilio.

⁶⁸² La Carta precisa, poi, che il diritto universale all’informazione è il presupposto essenziale per l’effettiva partecipazione alla vita democratica. Le amministrazioni garantiscono la piena conoscenza della propria attività per favorire l’accesso a dati e informazioni da parte dei cittadini. I siti internet delle amministrazioni costituiscono il luogo privilegiato per pubblicare informazioni e dati nel rispetto dei criteri di facile accessibilità e semplicità di consultazione, completezza, tempestività e periodico aggiornamento degli stessi.

⁶⁸³ Cfr. le Linee programmatiche approvate con deliberazione n. 7 del Consiglio del Municipio Roma 1.

*partecipazione dei cittadini alle scelte del Municipio sia uno dei capisaldi irrinunciabili dell'azione delle istituzioni, nel convincimento che essa costituisca un valore aggiunto per l'efficacia dell'azione amministrativa e per la qualità delle decisioni adottate"*⁶⁸⁴.

A ulteriore conferma della volontà, da parte del legislatore, di coinvolgere già a monte i cittadini nei procedimenti di formazione degli atti che incidono sul loro territorio, onde evitare che gli stessi possano subire un pregiudizio a valle del relativo procedimento di adozione, si consideri, inoltre la legge regionale toscana n. 65 del 2014, che prevede che la Regione, in collaborazione con le province, la città metropolitana e i comuni, promuove e sostiene le modalità più efficaci di informazione e di partecipazione dei cittadini al governo del territorio, assicurando l'informazione e la partecipazione di tutti i soggetti interessati alla formazione degli atti che incidono sul territorio di loro competenza⁶⁸⁵.

In particolare, l'articolo 36, comma 4, della legge regionale n. 65 poc'anzi richiamata rinvia ad un apposito regolamento per la disciplina di tutti gli aspetti concernenti la partecipazione alla formazione degli atti di governo del territorio, nonché per la disciplina delle funzioni del garante

⁶⁸⁴ Tale regolamento chiaramente esprime l'idea che la partecipazione dei cittadini sia un contributo costante e non più occasionale e che, a tal fine, è necessario istituire i Laboratori di cittadinanza quale strumento di partecipazione già sperimentato con successo in altre realtà locali.

⁶⁸⁵ Cfr. i primi tre commi dell'art. 36 della legge regionale toscana n. 65 del 2014: "1. La Regione, in collaborazione con le province, la città metropolitana e i comuni, promuove e sostiene le modalità più efficaci di informazione e di partecipazione dei soggetti interessati al governo del territorio. A tal fine, con deliberazione della Giunta Regionale, promuove iniziative e strumenti di formazione e divulgazione delle metodologie, delle tecniche e delle pratiche di informazione e partecipazione nel governo del territorio, sulla base delle risorse finanziarie disponibili. Di tale deliberazione è data comunicazione alla commissione consiliare competente.

2. La Regione, le province, la città metropolitana e i comuni assicurano l'informazione e la partecipazione dei cittadini e di tutti i soggetti interessati alla formazione degli atti di governo del territorio di loro competenza nell'ambito dei procedimenti di cui al titolo II, capi I e II e al titolo III, capo I. Nell'ambito del procedimento di formazione dei piani attuativi, le forme e le modalità di informazione e partecipazione dei cittadini sono individuate dal comune in ragione dell'entità e dei potenziali effetti degli interventi previsti, tenuto conto dei livelli prestazionali indicati dal regolamento di cui al comma 4.

3. I risultati delle attività di informazione e partecipazione poste in essere nell'ambito dei procedimenti di formazione degli atti di governo del territorio contribuiscono alla definizione dei contenuti degli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica, secondo le determinazioni motivatamente assunte dall'amministrazione procedente".

dell'informazione e della partecipazione. In attuazione dell'art. 36 è stato emanato il regolamento 14 febbraio 2017, n. 4/R, il cui art. 2 chiarisce che per "partecipazione" alla formazione degli atti di governo del territorio, si intende la possibilità, per i cittadini e tutti i soggetti interessati, di contribuire alla formazione degli atti di governo del territorio, attraverso una pluralità di sedi o occasioni pubbliche, in cui possano essere espresse valutazioni di merito, raccomandazioni e proposte, e in cui possano anche essere offerti elementi di conoscenza del territorio che arricchiscano la qualità progettuale degli atti di governo⁶⁸⁶.

Quanto esposto conferma l'idea che il problema dei terzi possa essere risolto non tanto a valle di un procedimento già concluso, e contro il quale altro non si può fare che percorrere la lunga, incerta e costosa strada giudiziaria, quanto a monte da parte dello stesso legislatore che, nel disciplinare particolari procedimenti amministrativi, imponga alle amministrazioni di coinvolgere tutti i soggetti interessati, affinché davvero tutti, soggetti terzi compresi, possano essere davvero informati (via web, tramite quotidiani locali, ecc.) sulla volontà di realizzare un piano o progetto relativi a particolari opere che possano avere un certo impatto sul territorio, su come realizzarle e dove localizzarle e tutti possano essere davvero messi nella condizione di partecipare attivamente al procedimento tramite proposte, suggerimenti e osservazioni, di cui l'amministrazione stessa debba tenere conto nella successiva fase decisoria.

⁶⁸⁶ Lo stesso regolamento, inoltre, chiarisce che il garante dell'informazione e della partecipazione è responsabile dell'attuazione del programma delle attività di informazione e di partecipazione, contenuto nell'atto di avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 17 della l.r. 65/2014. Il garante dell'informazione e della partecipazione dà attuazione al programma delle attività, indicato nell'atto di avvio del procedimento, al fine di assicurare, nelle diverse fasi procedurali, l'informazione e la partecipazione alla formazione degli atti di governo del territorio dei cittadini, singoli e associati, nonché di altri soggetti interessati pubblici o privati. A tal fine, il garante adegua le modalità di partecipazione alla diversa scala territoriale di pianificazione, nonché alla dimensione e alla tipologia di interessi coinvolti.

6. La partecipazione in materia ambientale.

6.1. Ambito internazionale ed europeo. In particolare la Convenzione di Aarhus.

Quanto finora detto in tema di coinvolgimento, da parte dell'amministrazione, in occasione dell'esercizio del potere, di tutti i soggetti interessati nell'ambito di ciascun procedimento (e non solo dei diretti destinatari), acquista maggiore evidenza con riferimento a tutti quei procedimenti amministrativi che presentano un certo impatto sull'ambiente e sulla salute della collettività.

All'ambiente, e di conseguenza alla salute di coloro che ci vivono, è dedicata, infatti, da oltre cinquanta anni, un'attenzione particolare sia a livello internazionale che europeo.

Con particolare riferimento all'accesso alle informazioni e al coinvolgimento e alla partecipazione del pubblico ai processi decisionali si fa presente che si tratta di tematiche affrontate, a livello internazionale, già a partire dal 1992, con la Dichiarazione di Rio. In particolare, il decimo principio della Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo, nel sancire che *"Il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli"*, stabilisce l'inestricabile relazione tra trasparenza, sensibilizzazione, accesso effettivo ai procedimenti giudiziari e partecipazione ai processi decisionali⁶⁸⁷.

Successivamente, un sostanziale passo in avanti nella legislazione internazionale è stato compiuto, come meglio sarà approfondito nel paragrafo successivo, dalla Convenzione di Aarhus, che riconosce il diritto

⁶⁸⁷ Il Summit della Terra, tenutosi a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992, è stato la prima conferenza mondiale dei capi di Stato sull'ambiente. È stato un evento senza precedenti anche in termini di impatto mediatico e di scelte politiche e di sviluppo conseguenti. Vi parteciparono 172 governi e 108 capi di Stato o di Governo, 2.400 rappresentanti di organizzazioni non governative e oltre 17.000 persone aderirono al NGO Forum [1]. La Conferenza è stata chiamata anche Eco 92 (in portoghese), The Earth Summit (in inglese) ma il suo nome ufficiale è *United Nations Conference on Environment and Development* (UNCED; in italiano Conferenza sull'ambiente e lo sviluppo delle Nazioni Unite). È comunque generalmente chiamata la Conferenza di Rio.

di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente che ne assicuri salute e benessere.

Tale Convenzione aderisce ad un modello di democrazia ambientale che ruota attorno a tre pilastri fondamentali: l'accesso alle informazioni ambientali; la partecipazione del pubblico alle decisioni sull'ambiente; l'accesso alla giustizia, che sono riconosciuti come veri e propri diritti che devono essere rispettati, pena la possibilità per il cittadino di ricorrere all'organo giurisdizionale⁶⁸⁸.

A livello europeo, invece, la protezione dell'ambiente è entrata a far parte degli obiettivi della allora Comunità economica europea con l'Atto Unico del 1986, in vigore dal 1987, che ha introdotto nel Trattato Cee un nuovo titolo VII, dedicato all'Ambiente, composto di tre articoli (130R, 130S, 130T)⁶⁸⁹.

Con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1 novembre 1993, l'ambiente è divenuto oggetto di una specifica politica comunitaria⁶⁹⁰. Vengono così a far parte della disciplina, a completamento dei principi sostanziali dell'art. 130 R, il principio precauzionale, inteso

⁶⁸⁸ La Convenzione di Aarhus è entrata in vigore nel 2001 e, ad oggi, è stata ratificata da 47 Parti.

L'Italia ha ratificato la Convenzione nel 2001 (legge n. 108 del 2001), ha ospitato nel 2002 il primo incontro delle Parti ed è stata per lungo tempo tra i maggiori contributori al Trust Fund della Convenzione (i cui capitoli di spesa sono contenuti nel Programma di Lavoro 2015-2017).

⁶⁸⁹ L'art. 130 R individuava le linee guida dell'azione comunitaria, richiamando sul punto i principi che andavano delineandosi nel diritto internazionale, vale a dire, il principio dell'azione preventiva, quello della correzione alla fonte dei danni causati, e infine la regola "chi inquina paga". La seconda parte dell'art. 130 R ha riconosciuto, per la prima volta, il principio di sussidiarietà, affermando che la Comunità agisce soltanto nella misura in cui gli obiettivi individuati possono essere meglio realizzati in sede comunitaria piuttosto che a livello dei singoli Stati membri. Infine, la norma esprimeva l'esigenza della cooperazione con i Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti. L'art. 130 T indicava la regola secondo cui i provvedimenti di protezione ambientale adottati in ambito comunitario costituiscono soltanto lo standard minimo obbligatorio per gli Stati membri, lasciando a questi ultimi la possibilità di adottare provvedimenti nazionali rivolti ad una protezione maggiore.

⁶⁹⁰ Sulle novità, G. Cataldi, Alcuni aspetti della politica ambientale comunitaria, in AA.VV., Il processo di integrazione europea alla luce del trattato di Maastricht, Firenze, 1994, 39 ss.; B. Nascimbene, I condizionamenti di diritto comunitario della legislazione in materia di ambiente, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1995, 311 ss., spec. 313.

come obbligo di astensione da attività per le quali manchi la certezza scientifica in ordine all'assenza di gravi rischi per l'ambiente⁶⁹¹, e il principio del livello elevato di tutela in materia ambientale.

Il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1 maggio 1999, individuava in termini ampi gli obiettivi della salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente in sede regionale o mondiale⁶⁹².

Il Trattato di Amsterdam ha altresì introdotto il riferimento al principio dello sviluppo sostenibile tra gli obiettivi dell'Unione (art. 2 TUE, ora art. 3 TFUE) e nell'elenco dei compiti assegnati alla Comunità⁶⁹³ e notevole è stato altresì l'impegno, da parte delle istituzioni dell'Unione europea a favorirne, l'attuazione all'interno dell'Unione⁶⁹⁴.

⁶⁹¹ A. Doyle, T. Carney, *Precaution e Prevention: giving effect to Article 130R without Direct Effect*, in E.E.L.R., 1999, 44 ss.

⁶⁹² Sulle modifiche concernenti le disposizioni in materia di politica ambientale, R. Garabello, *Le novità del Trattato di Amsterdam in materia di politica ambientale comunitaria*, in Riv. giur. ambientale, 1999, 151 ss.

⁶⁹³ Ai sensi dell'art. 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea quest'ultima si adopera *“per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente”*. Al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile, l'Unione europea intende contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali.

E nell'ottica di favorire il benessere e migliorare le condizioni di vita delle generazioni presenti e future che l'Unione europea istituì a Göteborg nel 2001 una strategia a lungo termine volta a conciliare le politiche in materia di sviluppo sostenibile sul piano ambientale, economico e sociale.

Per fornire un sostegno specifico per l'attuazione della politica e della legislazione in materia ambientale è stato istituito, con il Regolamento (CE) n. 614 del 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 maggio 2007, il programma LIFE+. Trattasi di uno strumento finanziario dedicato esclusivamente all'ambiente con una dotazione finanziaria complessiva di oltre due miliardi di euro; secondo il regolamento istitutivo, non meno del 78% di tale importo verrà utilizzato per sovvenzioni ad azioni per progetti in campo ambientale rientranti in una delle tre componenti tematiche del LIFE e, cioè, *“natura e biodiversità”*, *“politica ambientale”* e *“informazione e comunicazione”*.

⁶⁹⁴ Sullo sviluppo sostenibile e sui particolari programmi volti a favorirne l'attuazione v. Corte gius. Unione europea, sez. III, sent. n. 557/15 del 21/06/2018; v. altresì Corte giust. Grande sezione sent. n. 626/15 del 20 novembre 2018.

L'ambiente è riconosciuto come valore fondamentale anche dalla Carta dei diritti dell'Unione europea, che, in seguito alla riforma di Lisbona, ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 UE). In particolare, l'art. 37 della Carta pone alla base della tutela dell'ambiente il principio di integrazione nelle politiche dell'Unione, il principio dell'elevato livello di tutela e quello dello sviluppo sostenibile⁶⁹⁵.

L'ambiente rappresenta, inoltre, un valore tutelato nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁹⁶.

Ma è soltanto con la Convenzione di Aarhus che emerge in maniera più evidente l'esigenza di assicurare una tutela più concreta all'ambiente e alla salute degli individui che ci vivono, proprio attraverso una serie di disposizioni volte a garantire un'affettiva partecipazione del pubblico interessato nell'ambito dei procedimenti in materia ambientale.

Più specificamente, la Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (in seguito, Convenzione), è stata sottoscritta nella città danese di Aarhus nel 1998, sotto l'egida dell'UNECE (Commissione Economica per l'Europa delle Nazioni Unite)⁶⁹⁷.

La Convenzione è un trattato internazionale che ha lo scopo di garantire ai cittadini il diritto alla trasparenza e alla partecipazione ai processi

⁶⁹⁵ A. Lucarelli, Art. 37, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 258 ss.; L. Ferrari Bravo, *Carta dei diritti fondamentali UE*, Milano, 2001, 127 ss.; A. Vuolo, *La tutela dell'ambiente quale principio fondamentale*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, I, t. III, Napoli, 2002, 925 ss.

⁶⁹⁶ Il sopra esaminato art. 37 della Carta non trova una disposizione corrispondente nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma l'assenza di una norma specifica non ha impedito alla Corte europea di prendere in considerazione le esigenze ambientali nella prospettiva dei diritti fondamentali: Corte EDU, 30 novembre 2004, *Oneryldiz c. Turchia*, ricorso n. 48939/99; Corte EDU, 10 febbraio 2011, *Dubetska e altri c. Ucraina*, ricorso n. 30499/03.

⁶⁹⁷ La Convenzione è entrata in vigore nel 2001 e, ad oggi, è stata ratificata da 47 Parti. L'Italia ha ratificato la Convenzione nel 2001 con legge n 108 del 2001.

decisionali in materia di governo locale, nazionale e transfrontaliero in ambito ambientale⁶⁹⁸.

Tale Convenzione riconosce il diritto di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente che ne assicuri salute e benessere⁶⁹⁹. Anche l'accesso alle informazioni, la partecipazione ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia⁷⁰⁰ sono riconosciuti come diritti che devono essere rispettati, pena la possibilità di ricorrere davanti agli organi giurisdizionali⁷⁰¹.

Con riferimento alla partecipazione allargata dei terzi in materia ambientale, si rammenta in questa sede il decimo principio della Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992, che stabilisce l'inestricabile relazione tra trasparenza, sensibilizzazione e partecipazione ai processi decisionali⁷⁰². La Convenzione di Aarhus è il primo e unico strumento internazionale, legalmente vincolante, che recepisce e pone in pratica tale principio, dando concretezza ed efficacia al concetto di democrazia ambientale e trasformando la pubblica amministrazione, rendendola più trasparente e aperta alle istanze del pubblico e

⁶⁹⁸ La Convenzione di Aarhus rappresenta ancora oggi, nonostante siano subentrate fonti europee e nazionali ad efficacia cogente, il paradigma della partecipazione nei processi decisionali aventi rilevanza ambientale.

⁶⁹⁹ Gli obiettivi generali della Convenzione sono quelli *“di contribuire alla protezione del diritto di ogni membro della presente e delle future generazioni ad abitare un ambiente adeguato alla salute e al benessere, garantendo i diritti di accesso all'informazione di carattere ambientale, di partecipazione pubblica al processo legislativo e di accesso alla giustizia”* (art. 1).

⁷⁰⁰ Come già accennato sopra, l'architettura di questo modello di democrazia ambientale ruota attorno a tre pilastri fondamentali: 1) l'accesso alle informazioni ambientali; 2) la partecipazione del pubblico alle decisioni sull'ambiente; 3) l'accesso alla giustizia.

⁷⁰¹ Tra i primi commenti alla Convenzione cfr. J. Harrison, *Legislazione ambientale europea e libertà di informazione*; la Convenzione di Aarhus, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, 22 ss.; B. Gebers, *Proposte avanzate dalla Commissione europea per l'applicazione della Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, 182 ss.; B. Maurer Libori, *Il diritto all'informazione ambientale in Europa*, in *Dir. gest. ambiente*, 2001, 210 ss.

⁷⁰² Il decimo principio stabilisce che *“Il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli”*. Partecipazione del pubblico e cittadinanza attiva diventano così la chiave per garantire la protezione dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile.

promuovendo, contestualmente, un bilanciamento tra sviluppo umano e sviluppo sostenibile⁷⁰³.

La Convenzione di Aarhus sancisce che chiunque può accedere alle informazioni sull'ambiente e ciò significa che qualsiasi persona, fisica o giuridica, ha il diritto di chiedere e ottenere un'informazione senza bisogno di dimostrare uno specifico interesse o una specifica ragione in relazione alla propria richiesta⁷⁰⁴.

Il concetto di informazione ambientale è inoltre inteso in senso molto ampio, trattandosi di qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica o in qualunque altra forma materiale, con riferimento agli elementi dell'ambiente, alle attività che presentano un certo impatto su tali elementi e sullo stato di salute e sulle condizioni di vita degli individui⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Il vero cuore della Convenzione è infatti il cittadino e l'idea che esso, avendo a disposizione più informazioni, possa ampliare le opportunità e le scelte a propria disposizione e possa avere un peso nelle scelte che vengono prese ad alto livello, realizzando il proprio diritto a vivere in un ambiente che rispetti il proprio benessere e la propria salute.

⁷⁰⁴ S. Cassese, La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato, in riv. trim. dir. pubbl., 1/2007; La partecipazione procedimentale, in Giorn. dir. amm., n.5/ 2005; A. Rallo, Funzione di tutela ambientale e procedimento amministrativo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000; R. Ferrara e M.A. Sandulli, Trattato di diritto dell'ambiente, II, I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente (a cura di S. Grazi e M.A. Sandulli), Milano, 2012, 170 ss.; S. Ruina, La disciplina comunitaria dei diritti di partecipazione ai procedimenti ambientali, in Quad. riv. giur. amb. n. 22, Milano, 2009, 77 ss.; M. Feola, Ambiente e democrazia, il ruolo dei cittadini nella governance ambientale, Torino, 2014, 23 ss.

⁷⁰⁵ Cfr. sul punto Corte Giust. Unione Europea Grande Sez., Sent., 04/09/2018, n. 57/16 che, al punto 6, stabilisce che: " *I considerando 2 e 15 del regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (GU 2006, L 264, pag. 13), così recitano: " Il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente (...) sottolinea l'importanza di fornire adeguate informazioni sull'ambiente e di offrire al pubblico effettive possibilità di partecipare al processo decisionale in materia ambientale, in modo da accrescere la responsabilità e la trasparenza del processo decisionale e contribuire a rafforzare la consapevolezza e il sostegno del pubblico nei confronti delle decisioni adottate. (...)"*. Al punto 7 aggiunge poi che: "L'articolo 2, paragrafo 1, lettera d), del regolamento n. 1367/2006 definisce la nozione di "informazione ambientale" come segue: "qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica o in qualunque altra forma materiale riguardante: (...); iii) le misure (compresi i provvedimenti amministrativi) quali le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e le attività che incidono o possono incidere sugli elementi

Per garantire l'accesso alle informazioni, l'autorità pubblica è tenuta non solo a svolgere un ruolo passivo, assicurando la trasparenza dei dati a propria disposizione, ma anche un ruolo attivo, mobilitandosi per favorire la raccolta, l'aggiornamento e la diffusione delle informazioni⁷⁰⁶.

L'autorità pubblica è tenuta a rispondere alla richiesta di accesso in tempi rapidi⁷⁰⁷ e, se non dispone delle informazioni richieste, dovrà allora indicare al richiedente l'ente cui rivolgersi o essa stessa provvederà a inoltrare a tale ente la richiesta⁷⁰⁸.

L'articolo 6 della Convenzione di Aarhus regola la partecipazione del pubblico al *decision-making* ambientale: qualsiasi persona, fisica o giuridica, nonché qualsiasi associazione o organizzazione ha il diritto di partecipare alle decisioni relative all'autorizzazione di attività che possono avere un impatto sull'ambiente⁷⁰⁹, all'elaborazione di piani, programmi e strumenti normativi in materia ambientale e alle decisioni sul rilascio deliberato di organismi geneticamente (OGM).

La Convenzione chiarisce che la partecipazione del pubblico deve avvenire nelle fasi iniziali del processo decisionale e deve prevedere tempi

e sui fattori [ambientali] di cui ai punti i) e ii), nonché le misure o le attività intese a proteggere i suddetti elementi; (...); v) le analisi costi-benefici ed altre analisi e ipotesi economiche utilizzate nell'ambito delle misure e attività di cui al punto iii); (...)".

⁷⁰⁶ Attività di orientamento, campagne di sensibilizzazione ed educazione ambientale, banche dati elettroniche, rapporti sullo stato dell'ambiente sono solo alcuni degli strumenti da utilizzare a questo scopo.

⁷⁰⁷ Il rispetto di tempi certi e rapidi conferisce concretezza ed efficacia a diritto di accesso alle informazioni: l'amministrazione è infatti tenuta a fornire le informazioni richieste entro un mese dalla domanda e, per i casi particolarmente complessi, è prevista una eventuale proroga di non oltre ulteriori trenta giorni.

⁷⁰⁸ La richiesta di informazioni può essere respinta se la domanda è chiaramente irragionevole o troppo generica o se riguarda documenti la cui elaborazione è ancora in corso o se pregiudica il superiore interesse nazionale (ad esempio, le relazioni internazionali, la difesa nazionale o la pubblica sicurezza). I motivi di diniego devono essere interpretati sempre in modo restrittivo tenendo conto dell'interesse pubblico alla diffusione dell'informazione. Il diniego, inoltre, deve essere sempre motivato.

⁷⁰⁹ L'allegato 1 alla Convenzione elenca tali attività, ma nel testo della Convenzione vi è un più generico riferimento a "tutte le attività che possono avere effetti significativi sull'ambiente". L'art. 6 impone una comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati: essa può essere collettiva o individuale, ma deve comunque essere effettiva e avvenire in modo tempestivo.

di svolgimento ragionevoli⁷¹⁰. Il pubblico deve essere messo in grado di ottenere tutte le informazioni necessarie a garantire un processo di partecipazione consapevole e la decisione finale deve tenere nella dovuta considerazione i risultati della partecipazione.

In particolare, l'amministrazione è tenuta ad avviare procedure di consultazione "*when all options are open and effective public participation can take place*". Dunque, quando è possibile incidere sostanzialmente sulla decisione dell'autorità amministrativa.

Dell'esito della partecipazione, infine, occorre tenere "*due account*" nella decisione finale. Particolare rilievo è infatti attribuito all'obbligo di motivazione: la decisione, oltre a contenere le "*reasons and considerations on which it is based*", deve essere comunicata ai soggetti interessati⁷¹¹.

Già prima della Convenzione di Aarhus, la legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente (legge n. 349 del 1986), aveva stabilito il dovere del Ministero di assicurare la più ampia divulgazione delle informazioni sullo stato dell'ambiente.

Dieci anni più tardi, il d.lgs. n. 39 del 1997, recependo la Direttiva 90/313/CEE, sanciva che le autorità pubbliche sono tenute a rendere disponibili le informazioni ambientali a chiunque ne faccia richiesta e non solo a coloro che possono dimostrare di subire gli effetti diretti dei processi decisionali in materia ambientale e vantano dunque un interesse legittimo (come invece prevede la disciplina generale in tema di accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241 del 1990).

A seguito dell'entrata in vigore della Convenzione di Aarhus, l'Italia ha emanato il d.lgs. n. 195 del 2005 che abroga la disciplina previgente

⁷¹⁰ Ai sensi dell'art. 8 della Convenzione: "*Ogni Parte si impegnerà per promuovere una partecipazione del pubblico efficace e nella fase appropriata e mentre le opzioni sono ancora aperte, durante la preparazione, da parte dell'Autorità, di decreti esecutivi e altri strumenti normativi legalmente vincolanti di carattere generale che potrebbero avere un effetto significativo sull'ambiente*".

⁷¹¹ M. Feola, Ambiente e democrazia, il ruolo dei cittadini nella governance ambientale, Torino, 2014, 76 ss.

enunciando in maniera più compiuta i principi generali di informazione ambientale.

Il d.lgs. n. 195 del 2005 (e successive modifiche) recepisce la Direttiva 2003/4/CE che – abrogando la precedente Direttiva 90/313/CE – dà piena attuazione a quanto previsto dalla Convenzione di Aarhus in materia di informazione ambientale.

In particolare, l'art. 3 del d.lgs. n. 195 del 2005 ribadisce che: *“L'autorità pubblica rende disponibile l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse”*⁷¹².

Da quanto sopra emerge come la Convenzione in esame abbia giocato un ruolo importantissimo per l'affermazione del diritto di partecipazione del pubblico. Nel corso dei procedimenti ambientali, come sarà meglio

⁷¹²Art. 3. Accesso all'informazione ambientale su richiesta: 1. *L'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse.* 2. *Fatto salvo quanto stabilito all'articolo 5 e tenuto conto del termine eventualmente specificato dal richiedente, l'autorità pubblica mette a disposizione del richiedente l'informazione ambientale quanto prima possibile e, comunque, entro 30 giorni dalla data del ricevimento della richiesta ovvero entro 60 giorni dalla stessa data nel caso in cui l'entità e la complessità della richiesta sono tali da non consentire di soddisfarla entro il predetto termine di 30 giorni. In tale ultimo caso l'autorità pubblica informa tempestivamente e, comunque, entro il predetto termine di 30 giorni il richiedente della proroga e dei motivi che la giustificano.* 3. *Nel caso in cui la richiesta d'accesso è formulata in maniera eccessivamente generica l'autorità pubblica può chiedere al richiedente, al più presto e, comunque, entro 30 giorni dalla data del ricevimento della richiesta stessa, di specificare i dati da mettere a disposizione, prestandogli, a tale scopo, la propria collaborazione, anche attraverso la fornitura di informazioni sull'uso dei cataloghi pubblici di cui all'articolo 4, comma 1, ovvero può, se lo ritiene opportuno, respingere la richiesta, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera c).* 4. *Nel caso in cui l'informazione ambientale è richiesta in una forma o in un formato specifico, ivi compresa la riproduzione di documenti, l'autorità pubblica la mette a disposizione nei modi richiesti, eccetto nel caso in cui: a) l'informazione è già disponibile al pubblico in altra forma o formato, a norma dell'articolo 8, e facilmente accessibile per il richiedente; b) è ragionevole per l'autorità pubblica renderla disponibile in altra forma o formato.* 5. *Nei casi di cui al comma 4, lettere a) e b), l'autorità pubblica comunica al richiedente i motivi del rifiuto dell'informazione nella forma o nel formato richiesti entro il termine di 30 giorni dalla data del ricevimento della richiesta stessa.* 6. *Nel caso di richiesta d'accesso concernente i fattori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), numero 2), l'autorità pubblica indica al richiedente, se da questi espressamente richiesto, dove possono essere reperite, se disponibili, le informazioni relative al procedimento di misurazione, ivi compresi i metodi d'analisi, di prelievo di campioni e di preparazione degli stessi, utilizzato per raccogliere l'informazione ovvero fa riferimento alla metodologia normalizzata utilizzata.* 7. *L'autorità pubblica mantiene l'informazione ambientale detenuta in forme o formati facilmente riproducibili e, per quanto possibile, consultabili tramite reti di telecomunicazione informatica o altri mezzi elettronici.*

illustrato nei paragrafi successivi, i soggetti privati intervengono sia per collaborare con la pubblica amministrazione sia per difendere l'interesse ad un ambiente sano. Infatti, nel caso di partecipazione ambientale procedimentale, al diritto ad essere sentiti prima che un provvedimento venga adottato si aggiunge la necessità di tutelare l'ambiente anche attraverso il coinvolgimento del pubblico in funzione di ausilio per l'amministrazione⁷¹³.

In materia ambientale, in virtù della normativa internazionale ed europea esaminata in precedenza, il diritto di essere sentiti assume una portata più ampia, non solo di tipo oppositivo, ma anche collaborativo, passando dal diritto di essere sentiti al diritto di partecipazione, attraverso cui perseguire lo scopo di tutelare l'ambiente in maniera più efficace⁷¹⁴.

Il secondo pilastro della Convenzione è stato recepito dalla Direttiva europea **2003/35/CE** che è divenuta cogente, nell'ordinamento italiano, attraverso il codice dell'ambiente (d.lgs n. 152 del 2006 e successive modifiche).

Il d.lgs n. 152 del 2006 è conforme all'obbligo, previsto dall'art. 6 della Convenzione di Aarhus, di coinvolgere il pubblico nelle decisioni relative all'autorizzazione di attività che possono avere effetti significativi sull'ambiente.

In particolare, il d.lgs n. 152 del 2006 (e successive modifiche) è l'atto legislativo più importante che regola la partecipazione del pubblico alle Valutazioni d'Impatto Ambientale (**VIA**) e alle Valutazioni d'Impatto

⁷¹³ A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 86 ss.; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, 132 ss. R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 1/2003, 1033 ss.; G. Bergonzini, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 217; N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 404 ss.; A. Andreani, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella legge n. 241/1990. A quarant'anni dalla promulgazione di Feliciano Benvenuti*, Aa. Vv., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, 85 ss.

⁷¹⁴ Cfr. il Considerando 6 della direttiva 2003/35/CE: *"Tra gli obiettivi della Convenzione di Aarhus vi è il desiderio di garantire il diritto di partecipazione del pubblico alle attività decisionali in materia ambientale, per contribuire a tutelare il diritto di vivere in un ambiente adeguato ad assicurare la salute ed il benessere delle persone"*.

Strategico (VAS): si tratta, come sarà meglio approfondito nei paragrafi successivi, di quei processi di valutazione che l'autorità pubblica deve necessariamente prendere in considerazione prima di autorizzare determinate opere, piani o programmi che possono avere un impatto rilevante sull'ambiente.

In particolare, la legge prevede che chiunque può partecipare alle procedure di valutazione ambientale esprimendo le proprie osservazioni con le modalità stabilite dalla legge. Al termine della procedura di valutazione, una Commissione tecnica indipendente, denominata "Commissione VIA e VAS", rilascia un parere basato anche sulle osservazioni inviate dal pubblico. Sulla base di tale parere, il Ministero dell'Ambiente emana il decreto di compatibilità ambientale.

6.2. Le valutazioni ambientali nell'ordinamento interno.

La fase della partecipazione del pubblico riveste una fondamentale importanza nell'ambito dei procedimenti di valutazione ambientale.

In tale sede, i soggetti che possono avere un interesse, in termini di vantaggio o pregiudizio, come conseguenza delle potenziali modifiche della situazione ambientale derivanti dalla realizzazione di una certa opera, devono poter esprimere il proprio avviso in merito al progetto relativo all'opera stessa.

Le direttive europee sulle valutazioni ambientali hanno imposto a tutti gli Stati membri dell'Unione europea l'attuazione entro il 21 luglio 2004.

Nell'Ordinamento italiano la legge n. 308 del 2004 ha delegato il Governo a garantire il completo recepimento delle direttive in materia di valutazioni ambientali (dir. 85/337/CEE⁷¹⁵ e dir. 2001/42/CE) e una prima

⁷¹⁵ La direttiva 85/337/CEE è stata successivamente modificata dalla direttiva 97/11/CE, poi dalla dir. 2003/35/CE e dalla dir. 2009/31/CE. In seguito, con la direttiva 2011/92/UE è stata codificata la direttiva 85/337/CEE che subito negli anni sostanziali modifiche ad opera della direttive entrate in vigore successivamente.

attuazione a tale legge è stata data con il d.lgs. n. 152 del 2006⁷¹⁶, poi con il d.lgs. n. 4 del 2008⁷¹⁷, in seguito con il d.lgs. n. 152/2006 e, da ultimo, con il d.lgs. n. 104 del 2017.

Sempre nel corso del 2017 è stato emanato il decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, 13 dicembre 2017, n. 342 recante l'articolazione, l'organizzazione e le modalità di funzionamento della Commissione Tecnica di verifica dell'impatto ambientale⁷¹⁸.

Dal 22 gennaio 2018, inoltre, la Direzione generale per le valutazioni e le autorizzazioni ambientali ha reso disponibili sul Portale delle Valutazioni ambientali i pareri della Commissione Tecnica di verifica dell'impatto ambientale VIA e VAS relativi alle procedure VIA e VAS a seguito dell'approvazione da parte dell'assemblea plenaria. Tale impegno si inserisce certamente nell'ambito delle iniziative volte ad assicurare la massima trasparenza e la più completa e tempestiva informazione al pubblico, affinché la partecipazione dei cittadini sia efficace.

In generale, VIA e VAS sono istituti di derivazione comunitaria, il primo finalizzato alla valutazione degli effetti sull'ambiente che possono derivare dalla realizzazione di opere di rilevante impatto e il secondo volto a valutare la compatibilità ambientale a seguito dell'attuazione di strumenti di pianificazione e programmazione che presentino impatti ambientali importanti. Tali istituti si ispirano ai principi comunitari della prevenzione, della precauzione, dello sviluppo sostenibile e di integrazione⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Tale decreto, entrato in vigore il 31 luglio 2007, è stata introdotta la prima disciplina organica in materia.

⁷¹⁷ Con il d.lgs. n. 4/2008 è stata riformulata la disciplina di cui al d.lgs. n. 152/2006, al fine di risolvere importanti problematiche emerse nell'applicazione delle norme nazionali previgenti.

⁷¹⁸ Tale decreto mira a snellire l'articolazione della Commissione e a semplificare l'attività istruttoria con riferimento a ciascun tipo di procedimento.

⁷¹⁹ In particolare, si tratta di mezzi preventivi di tutela dell'ambiente, in considerazione della circostanza che "la migliore politica ecologica consiste nell'evitare sin dall'inizio inquinamenti e altre perturbazioni, anziché combatterne successivamente gli effetti" (cfr. il secondo considerando della direttiva 85/337/CEE, in materia di VIA e il quarto considerando della direttiva 85/337/CE in materia di V.A.S). Le due procedure sono, inoltre, ispirate al principio di precauzione, secondo cui in mancanza di prove scientifiche certe riguardo al nesso causale tra emissioni ed effetti dannosi per l'ambiente, l'autorità

Altro connotato caratteristico degli istituti in esame è rappresentato dalla loro funzione procedimentale e non sostanziale⁷²⁰. La Commissione europea, nei casi in cui ha aperto procedure di infrazione a carico degli Stati membri per inadempimento rispetto alle direttive europee di specie, fa sempre riferimento ad un procedimento e, in particolare, ai pilastri che lo sostengono e lo caratterizzano e cioè alla pregiudizialità delle valutazioni ambientali rispetto all'autorizzazione che consente la realizzazione dell'opera, alla integrazione degli interessi ambientali nel piano o nel progetto, all'importanza essenziale della partecipazione di tutte le autorità pubbliche titolari di funzioni coinvolte, nonché della partecipazione informata del pubblico⁷²¹.

Già dal testo originario del d.lgs. n.152 del 2006 si rinviene una definizione degli obiettivi della valutazione di impatto ambientale e della valutazione ambientale strategica in conformità alle direttive in materia.

La VIA, in particolare, consiste nella valutazione globale e integrata degli impatti ambientali che derivano dalla realizzazione di un'opera sull'ambiente e sul patrimonio culturale⁷²². Tra le finalità principali della VIA vi rientra l'obiettivo di garantire "le condizioni per uno sviluppo sostenibile" (art. 4, comma 3) e che gli effetti derivanti dalla realizzazione ed esercizio di opere ed interventi sull'ecosistema siano presi in considerazione durante la loro progettazione e prima dell'approvazione dei relativi

competente ha comunque il dovere di intervenire. VIA e VAS si ispirano, inoltre, al principio di integrazione strettamente connesso al principio dello sviluppo sostenibile: ne deriva che nell'ambito di tali procedimenti, l'interesse alla tutela ambientale non dovrà essere perseguito in modo assoluto, ma dovrà essere temperato con l'interesse all'attività economica pubblica e privata.

⁷²⁰ Già agli inizi degli anni Settanta la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva espresso l'opinione che "la valutazione di impatto ambientale non attribuisce alcun diritto sostanziale ai cittadini, ma prevede uno speciale procedimento".

⁷²¹ Nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Cosmas, causa C-321/95 (Green Peace International e altri c/ Commissione europea) si sostiene che la direttiva 85/337 ha dato origine ad alcuni diritti procedimentali in favore dei ricorrenti che sarebbero stati violati dalla decisione della Commissione. Analoghe considerazioni sono ravvisabili nella sentenza dei giudici comunitari del 29 aprile 2004 (causa C- 117/02), laddove si ribadisce la necessità che la valutazione ambientale sia effettuata prima del rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione di progetti a prevedibile e forte impatto ambientale.

⁷²² Cfr. art. 6, comma 5, d.lgs. n. 152/2006.

progetti, o comunque prima della loro realizzazione che deve avvenire entro cinque anni dalla pubblicazione del provvedimento di VIA⁷²³.

La VAS, invece, è un processo di valutazione integrata e partecipata del possibile impatto sull'ambiente e sul patrimonio culturale di piani e programmi, al fine di favorire uno sviluppo sostenibile del territorio e proteggere la biodiversità. Ciò vuol dire che, qualora si intenda realizzare un piano o un programma che riguarda il territorio, è necessario verificare a monte l'impatto che potrebbe avere sull'ambiente e sulla salute dei cittadini, al fine di garantirne la sostenibilità⁷²⁴.

Per quanto concerne i rapporti con la valutazione ambientale strategica, i decreti correttivi del d.lgs. n. 152 del 2006 hanno sostanzialmente rinnegato l'impostazione originaria, che vedeva la valutazione di impatto ambientale collegata da un nesso di presupposizione alla prima. Infatti, ora, la nuova disciplina si limita ad affermare la necessità di una adeguata motivazione qualora la valutazione di impatto ambientale su uno specifico progetto si concluda in senso negativo o contrastante su elementi già valutati positivamente nel procedimento di valutazione ambientale strategica svoltosi sui piani o programmi che ne costituiscono un presupposto⁷²⁵.

In ordine all'ambito di applicazione dei due istituti, restano confermate le differenze, in quanto, come osserva il giudice delle leggi, la VIA è istituto che si differenzia dalla VAS non solo normativamente, ma anche concettualmente, avendo ad oggetto, la prima, la valutazione degli impatti generati da opere specifiche, la seconda, gli effetti indotti sull'ambiente

⁷²³ Cfr. art. 4, comma 4, d.lgs. n. 152/2006.

⁷²⁴ P. Cagnoli, *Valutazione ambientale strategica. Fondamenti teorici e tecniche operative*, Palermo, 2010, 64 ss.; Fabio Dorio, *Vas, La valutazione ambientale strategica degli strumenti di pianificazione e i programmazione*, Padova, 2013, 81 ss.

⁷²⁵ Non si può escludere che nel passaggio dalle previsioni generali del piano alle specifiche progettazioni possono emergere elementi ostativi non considerati nel procedimento di valutazione strategica, stante il diverso grado di approfondimento degli interventi programmati.

dall'attuazione delle previsioni contenute in determinati strumenti di pianificazione e programmazione⁷²⁶.

Di rilevante interesse è la definizione di impatto ambientale, riportata all'art. 5, comma 1, lett. c), che rinvia implicitamente al principio di precauzione: *"l'alterazione qualitativa e/o quantitativa, diretta o indiretta, a breve e a lungo termine, permanente o temporanea, positiva e negativa dell'ambiente [...]"*. È evidente che la previsione dell'entità degli effetti ambientali delle opere pubbliche e private non può rivestire i caratteri di certezza. Ciò principalmente in quanto non possono essere individuati in modo certo, oltre agli effetti ambientali indiretti, e quindi anche a lungo termine, della singola opera, gli impatti cumulativi e sinergici derivanti dalla realizzazione e dalla localizzazione dell'opera stessa⁷²⁷. Infatti, gli interventi tecnologici di rilevante impatto, nel cui ambito si inseriscono i piani e i progetti sottoposti a VAS, nonché le opere sottoposte a VIA, provocano incertezza e pericoli del tutto nuovi, con conseguente impossibilità di formulare previsioni a lungo termine, riguardo agli effetti ambientali di tali interventi⁷²⁸.

Tuttavia, come emerge dalla definizione di impatto ambientale, l'Amministrazione competente in materia non dovrà attendere che sia provata l'effettiva entità dei rischi per adottare gli opportuni provvedimenti di tutela, ma potrà limitarsi a rilasciare una pronuncia di compatibilità ambientale positiva, ma condizionata all'ottemperanza di prescrizioni, o addirittura negativa⁷²⁹.

Occorre infatti precisare che l'applicazione del principio di precauzione, cui la definizione di impatto ambientale rinvia, non implica necessariamente il divieto assoluto di prosecuzione dell'attività fonte di potenziale rischio

⁷²⁶ Corte Cost. n. 227/2011.

⁷²⁷ Cfr. art. 3, dir. 2011/92/UE.

⁷²⁸ H. Jonas, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009, 67 ss.

⁷²⁹ Cfr. la Comunicazione della Commissione UE del 2 febbraio 2000 sul principio di precauzione, dove viene evidenziata la natura procedimentale e non sostanziale del medesimo principio, nonché la sua stretta connessione con la VIA.

nei confronti di eventuali terzi⁷³⁰; se così fosse, infatti, il principio in esame si porrebbe in palese contrasto con quello di proporzionalità, in quanto spesso la mera inibizione dell'attività (posta a tutela della salute di certi soggetti o di una certa fascia della popolazione) comporta un sacrificio certamente non "minimo" a carico del titolare esercente l'attività stessa, sacrificio che, invece, ben potrebbe essere minimizzato qualora l'attività venisse sì tollerata, ma imponendo al suo titolare il rispetto di certe condizioni durante lo svolgimento dell'attività stessa⁷³¹.

Proprio per tale ragione, è indispensabile assicurare il più alto grado di coinvolgimento delle parti interessate e della collettività in generale, affinché l'amministrazione competente in materia di VIA possa avere chiaro il quadro della situazione e il reale impatto che una certa opera possa provocare sull'ambiente nonché sulla salute dei cittadini.

⁷³⁰ Accade comunque spesso che l'attività pericolosa venga inibita in senso assoluto. Cfr. sul punto T.R.G.A. Trentino Alto Adige Bolzano, sent. 22 marzo 2017, n. 106 che ordina la rimozione di un'antenna radio collocata nelle vicinanze di un polo scolastico e di una scuola materna in applicazione del principio di precauzione, allo scopo di minimizzare l'esposizione ai campi elettromagnetici delle fasce più giovani della popolazione. Da notare che detta installazione era stata autorizzata in violazione del D.P.P. n. 36/2013, il cui art. 3 dispone che "[...] nella realizzazione e nell'esercizio delle infrastrutture per le comunicazioni devono essere rispettate le esigenze di salvaguardia della salute, di sicurezza, di tutela della natura e del paesaggio e delle aree protette, tenendo conto della copertura del territorio e della qualità del servizio offerti; "[...] per ridurre i campi elettromagnetici, nell'ambito degli insediamenti è tuttavia consentita una maggiore distribuzione degli impianti sul territorio".

⁷³¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3586. Nella fattispecie esaminata, in particolare, un'azienda agricola svolgeva attività di allevamento di bovini da latte, i quali erano ricoverati in un recinto vicino l'abitazione di Tizio, il quale, a causa di tale vicinanza, segnalava alle varie Autorità e alla competente ASL l'immissione nella sua proprietà di odori del bestiame e di polveri derivanti dalla preparazione del mangime per quest'ultimo. Il Sindaco, posto che l'allevamento non rispettava certe distanze prescritte dal regolamento locale di igiene, ingiungeva all'azienda agricola, a tutela dell'igiene pubblica e in applicazione del principio di precauzione, l'eliminazione del recinto e lo spostamento del relativo bestiame in altra area dell'azienda, affinché l'emissione di polveri in aria non costituisse nocimento alla salute pubblica. Il G.A. ha ritenuto, invece, che occorresse lasciare all'azienda la libertà di trovare la soluzione più idonea rispetto all'economia aziendale. Il G.A. pertanto ha individuato lo strumento di raccordo delle esigenze urbanistiche e igienico-sanitarie nell'atto d'obbligo, recante l'impegno dell'azienda a non superare la soglia di 200 capi bovini presenti in azienda e ad adottare le migliori tecniche indicate dall'autorità veterinaria per mitigare le predette molestie e a prestare la massima collaborazione agli uffici comunali e all'ASL per le verifiche sul rispetto della soglia.

Secondo il Consiglio di Stato sembrerebbe legittimo sacrificare il principio di celerità dell'azione amministrativa e privilegiare, invece, quello di precauzione, in forza del quale per ogni attività che comporti pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. E l'individuazione dei tratti fondamentali del principio di precauzione deve avvenire non secondo "[...] un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente", bensì attraverso la necessità di riconoscere canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini, delle loro formazioni sociali e delle loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale"⁷³².

Anche secondo le Istituzioni europee durante i procedimenti di valutazione ambientale occorre implicitamente fare ricorso al principio di precauzione, il quale impone "alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati, al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici"⁷³³.

Il ricorso a tale principio viene dunque a concretizzarsi nell'adozione del provvedimento di VIA che si rivela più idoneo alla luce dell'evoluzione scientifica e dei criteri di proporzionalità, di non discriminazione, di coerenza e di esame dei benefici e degli svantaggi. E l'adozione di tale provvedimento (caratterizzato da provvisorietà in quanto sempre sottoposto a valutazione periodica alla luce delle nuove conoscenze scientifiche) deve giungere a valle di un procedimento aperto e partecipato⁷³⁴.

⁷³² Cons. St., sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250

⁷³³ Tribunale CE, sez. II ampliata, 26 novembre 2002, cause riunite T.74/00 e altre, *Artegodan*, punto 184 (in Riv. it. dir. pub. com., 2004, 632).

⁷³⁴ G. Comandè (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, 35 ss.; A. Zei, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. Bifulco-A. D'Aiola (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Jovene, Napoli, 2008.

6.3. L'informazione del pubblico e la partecipazione "allargata" nel procedimento di VIA. Consultazioni e inchiesta pubblica.

Come già accennato sopra, la partecipazione del pubblico riveste una fondamentale importanza nell'ambito del procedimento di VIA.

La VIA, in particolare, trova la sua più profonda origine nella sempre maggiore pressione che, nell'ambito di processi decisionali coinvolgenti politiche ambientali, ha assunto l'opinione pubblica: ciò è accaduto sia perché in un sistema globalizzato – anche a livello di ordinamenti giuridici – è aumentata in maniera esponenziale la capacità di diffusione delle informazioni e delle conoscenze scientifiche, nonché il grado di approfondimento di quest'ultime; sia perché a tale diffusione è seguita una sempre crescente richiesta, proveniente non solo dalle associazioni ambientaliste, ma anche dal privato cittadino, di avere un ruolo attivo nei processi decisorii inerenti un bene – l'ambiente – dal carattere comunque finito ed in definitiva consumabile e scarso⁷³⁵.

Con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 4 del 2008 al d.lgs. n. 152 del 2006 sono state recepite le disposizioni della dir. 2003/35/CE (che ha modificato la dir. 85/337/CEE) attuativa della Convenzione di Aarhus⁷³⁶.

In particolare, l'art. 5, comma 1, lett. u) e v)⁷³⁷, d.lgs. n. 152 del 2006 ha previsto la distinzione tra "pubblico" e "pubblico interessato", introdotta

⁷³⁵ Cons. St., IV sez., 21 gennaio 2018, n. 499. Per la dottrina V. Torretta, "Studi e procedure di valutazione impatto ambientale. Aspetti normativi, approccio metodologico e prassi operativa", 2010, 62 ss.; Sul costo come voce da internalizzare per l'impresa, cfr. F. Caffè, *Lezioni di politica economica*, Torino, 1980, p. 40 ss.;

⁷³⁶ Sulla Convenzione di Aarhus, v. F. Goisis, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *dir. proc. amm.*, 2012, 101; E. Fasoli, *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 331; M. Ceruti, *L'Accesso alla giustizia amministrativa in materia ambientale in una recente sentenza della Corte di Giustizia e la lunga strada per il recepimento della Convenzione di Aarhus da parte dell'Italia*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 114.

⁷³⁷ Art. 5, d.lgs. 03/04/2006, n. 152, comma 1: "Ai fini del presente decreto si intende per:

a) *valutazione ambientale di piani e programmi*, nel seguito *valutazione ambientale strategica*, di seguito *VAS*: il processo che comprende, secondo le disposizioni di cui al titolo II della seconda parte

dalla Convenzione di Aarhus e recepita dall'art. 3, comma 1, della dir. 2003/35/CE. Al procedimento di VIA può partecipare il pubblico interessato e, cioè, il pubblico che subisce o può subire gli effetti delle procedure decisionali in materia ambientale o che ha un interesse in tali procedure⁷³⁸. Sono considerate come aventi interesse anche *“le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente e che soddisfano i requisiti previsti dalla normativa statale vigente, nonché le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative”*.

Il dato letterale dell'art. 5, comma 1, lett. v), del d.lgs. n. 152 del 2006 (in seguito Codice) sembra non lasciare dubbi in merito alla necessità della sussistenza di un interesse, seppure riflesso, e quindi diverso dall'interesse

del presente decreto, lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità, l'elaborazione del rapporto ambientale, lo svolgimento di consultazioni, la valutazione del piano o del programma, del rapporto e degli esiti delle consultazioni, l'espressione di un parere motivato, l'informazione sulla decisione ed il monitoraggio;

b) valutazione d'impatto ambientale, di seguito VIA: il processo che comprende, secondo le disposizioni di cui al Titolo III della parte seconda del presente decreto, l'elaborazione e la presentazione dello studio d'impatto ambientale da parte del proponente, lo svolgimento delle consultazioni, la valutazione dello studio d'impatto ambientale, delle eventuali informazioni supplementari fornite dal proponente e degli esiti delle consultazioni, l'adozione del provvedimento di VIA in merito agli impatti ambientali del progetto, l'integrazione del provvedimento di VIA nel provvedimento di approvazione o autorizzazione del progetto;

b-bis) valutazione di impatto sanitario, di seguito VIS: elaborato predisposto dal proponente sulla base delle linee guida adottate con decreto del Ministro della salute, che si avvale dell'Istituto superiore di sanità, al fine di stimare gli impatti complessivi, diretti e indiretti, che la realizzazione e l'esercizio del progetto può procurare sulla salute della popolazione;

b-ter) valutazione d'incidenza: procedimento di carattere preventivo al quale è necessario sottoporre qualsiasi piano o progetto che possa avere incidenze significative su un sito o su un'area geografica proposta come sito della rete Natura 2000, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti e tenuto conto degli obiettivi di conservazione del sito stesso;

c) impatti ambientali: effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori:

popolazione e salute umana;

[...]

u) pubblico: una o più persone fisiche o giuridiche nonché, ai sensi della legislazione vigente, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi di tali persone;

v) pubblico interessato: il pubblico che subisce o può subire gli effetti delle procedure decisionali in materia ambientale o che ha un interesse in tali procedure; ai fini della presente definizione le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente e che soddisfano i requisiti previsti dalla normativa statale vigente, nonché le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, sono considerate come aventi interesse”.

⁷³⁸ Cfr. art. 5, comma, lett. v).

di mero fatto, ai fini della partecipazione al procedimento di VIA in linea con le disposizioni dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990⁷³⁹.

Sono da individuare come soggetti interessati a partecipare al procedimento, ad esempio, i proprietari o comunque i residenti nei pressi del sito ove sorgerà l'opera, i proprietari espropriati, l'ente locale il cui territorio è interessato dagli impianti ambientali derivanti dalla realizzazione del progetto. I titolari di interessi di mero fatto sono da individuare, invece, in tutti quei soggetti che hanno un generico interesse alla tutela della salubrità dell'ambiente in generale.

Il provvedimento di VIA è definito come *"il provvedimento motivato, obbligatorio e vincolante, che esprime la conclusione dell'autorità competente in merito agli impatti ambientali significativi e negativi del progetto, adottato sulla base dell'istruttoria svolta, degli esiti delle consultazioni pubbliche e delle eventuali consultazioni transfrontaliere"*⁷⁴⁰.

Il d.lgs. n. 104 del 2017 ribadisce la funzione storica della valutazione d'impatto ambientale di assicurare che, nella fase di formazione delle decisioni per la realizzazione dei progetti contemplati negli allegati I e II delle direttive europee, siano adeguatamente considerati la protezione della salute, il miglioramento dell'ambiente e della qualità della vita, il mantenimento della biodiversità e delle capacità di riproduzione dell'ecosistema⁷⁴¹.

La fase delle consultazioni del pubblico. Il procedimento di VIA prende avvio su istanza di parte (colui che intende realizzare una certa

⁷³⁹ R. Ferrara e M.A. Sandulli, Trattato di diritto dell'ambiente, II, I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente (a cura di S. Grazi e M.A. Sandulli), Milano, 2012, 150 e ss.

⁷⁴⁰ Cfr. art. 5, comma 1, lett. o) del d.lgs. n. 152/2006 (lettera modificata dall'art. 2, comma 2, lett. g), d.lgs. 29 giugno 2010, n. 128 e, successivamente, così sostituita dall'art. 2, comma 1, lett. g), d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104. Vedi, anche, le disposizioni transitorie di cui all'art. 23 del medesimo d.lgs. n. 104/2017.

⁷⁴¹ Cfr. art. 4, comma 4, lett. b) del d.lgs. in esame. Sulla funzione preventiva della valutazione di impatto ambientale, Corte Cost. n. 120/2010. Cfr. altresì Cons. St. sez. IV, 21 gennaio 2019, n. 499.

opera) con la presentazione del un progetto definitivo dell'opera corredato dallo studio di impatto ambientale⁷⁴².

Lo studio è corredato da una sintesi non tecnica delle informazioni fornite nello studio, per consentire un'agevole comprensione da parte del pubblico.

Il proponente deve garantire la completezza e la qualità dello studio, tenendo conto delle altre valutazioni pertinenti effettuate dall'autorità competente; a tale scopo, ha facoltà di accesso ai dati e alle informazioni disponibili presso le pubbliche amministrazioni.

L'istanza di VIA, corredata di tutte le informazioni richieste dalla legge, viene trasmessa in formato elettronico all'autorità competente, includendo

⁷⁴² Art. 22 del Codice, così come modificato dal d.lgs. n. 101 del 2017: "Il progetto deve contenere, ai sensi dell'art. 22 del Codice: *."Lo studio di impatto ambientale contiene almeno le seguenti informazioni:*

- a) una descrizione del progetto, comprendente informazioni relative alla sua ubicazione e concezione, alle sue dimensioni e ad altre sue caratteristiche pertinenti;*
- b) una descrizione dei probabili effetti significativi del progetto sull'ambiente, sia in fase di realizzazione che in fase di esercizio e di dismissione;*
- c) una descrizione delle misure previste per evitare, prevenire o ridurre e, possibilmente, compensare i probabili impatti ambientali significativi e negativi;*
- d) una descrizione delle alternative ragionevoli prese in esame dal proponente, adeguate al progetto ed alle sue caratteristiche specifiche, compresa l'alternativa zero, con indicazione delle ragioni principali alla base dell'opzione scelta, prendendo in considerazione gli impatti ambientali;*
- e) il progetto di monitoraggio dei potenziali impatti ambientali significativi e negativi derivanti dalla realizzazione e dall'esercizio del progetto, che include le responsabilità e le risorse necessarie per la realizzazione e la gestione del monitoraggio;*
- f) qualsiasi informazione supplementare di cui all'allegato VII relativa alle caratteristiche peculiari di un progetto specifico o di una tipologia di progetto e dei fattori ambientali che possono subire un pregiudizio.*

4. Allo studio di impatto ambientale deve essere allegata una sintesi non tecnica delle informazioni di cui al comma 3, predisposta al fine di consentirne un'agevole comprensione da parte del pubblico ed un'agevole riproduzione.

5. Per garantire la completezza e la qualità dello studio di impatto ambientale e degli altri elaborati necessari per l'espletamento della fase di valutazione, il proponente:

- a) tiene conto delle conoscenze e dei metodi di valutazione disponibili derivanti da altre valutazioni pertinenti effettuate in conformità della legislazione europea, nazionale o regionale, anche al fine di evitare duplicazioni di valutazioni;*
- b) ha facoltà di accedere ai dati e alle pertinenti informazioni disponibili presso le pubbliche amministrazioni, secondo quanto disposto dalle normative vigenti in materia;*
- c) cura che la documentazione sia elaborata da esperti con competenze e professionalità specifiche nelle materie afferenti alla valutazione ambientale, e che l'esattezza complessiva della stessa sia attestata da professionisti iscritti agli albi professionali".*

copia dei risultati della procedura del dibattito pubblico eventualmente svolta ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. n. 50 del 2016, esaminato nei paragrafi precedenti⁷⁴³.

La documentazione di cui al comma 1 è poi pubblicata, all'esito delle verifiche di cui al comma 3 dell'art. 23 del Codice, nel sito web dell'autorità competente, la quale comunica contestualmente per via telematica a tutte le Amministrazioni e a tutti gli enti territoriali potenzialmente interessati e comunque competenti ad esprimersi sulla realizzazione del progetto l'avvenuta pubblicazione della documentazione nel proprio sito web.

⁷⁴³ Ai sensi dell'art. 23 del Codice "Il proponente presenta l'istanza di VIA trasmettendo all'autorità competente in formato elettronico:

a) gli elaborati progettuali di cui all'articolo 5, comma 1, lettera g);

b) lo studio di impatto ambientale;

c) la sintesi non tecnica;

d) le informazioni sugli eventuali impatti transfrontalieri del progetto ai sensi dell'articolo 32;

e) l'avviso al pubblico, con i contenuti indicati all'articolo 24, comma 2;

f) copia della ricevuta di avvenuto pagamento del contributo di cui all'articolo 33;

g) i risultati della procedura di dibattito pubblico eventualmente svolta ai sensi dell'articolo 22 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

2. Per i progetti di cui al punto 1) dell'allegato II alla presente parte e per i progetti riguardanti le centrali termiche e altri impianti di combustione con potenza termica superiore a 300 MW, di cui al punto 2) del medesimo allegato II, il proponente trasmette, oltre alla documentazione di cui alle lettere da a) a e), la valutazione di impatto sanitario predisposta in conformità alle linee guida adottate con decreto del Ministro della salute, che si avvale dell'Istituto superiore di sanità.

3. Entro quindici giorni dalla presentazione dell'istanza di VIA l'autorità competente verifica la completezza della documentazione, l'eventuale ricorrere della fattispecie di cui all'articolo 32, comma 1, nonché l'avvenuto pagamento del contributo dovuto ai sensi dell'articolo 33. Qualora la documentazione risulti incompleta, l'autorità competente richiede al proponente la documentazione integrativa, assegnando un termine perentorio per la presentazione non superiore a trenta giorni. Qualora entro il termine assegnato il proponente non depositi la documentazione integrativa, ovvero qualora all'esito della verifica, da effettuarsi da parte dell'autorità competente nel termine di quindici giorni, la documentazione risulti ancora incompleta, l'istanza si intende ritirata ed è fatto obbligo all'autorità competente di procedere all'archiviazione.

4. La documentazione di cui al comma 1 è immediatamente pubblicata e resa accessibile, con modalità tali da garantire la tutela della riservatezza di eventuali informazioni industriali o commerciali indicate dal proponente, in conformità a quanto previsto dalla disciplina sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, nel sito web dell'autorità competente all'esito delle verifiche di cui al comma 3. L'autorità competente comunica contestualmente per via telematica a tutte le Amministrazioni e a tutti gli enti territoriali potenzialmente interessati e comunque competenti ad esprimersi sulla realizzazione del progetto, l'avvenuta pubblicazione della documentazione nel proprio sito web. La medesima comunicazione è effettuata in sede di notifica ad altro Stato ai sensi dell'articolo 32, comma 1".

È questo l'istituto della c.d. pre-informazione che è strumentale alla partecipazione mediante consultazione del pubblico e del pubblico interessato⁷⁴⁴.

In base all'art. 7-bis, comma 4, del Codice in materia di VIA statale è competente il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, che esercita le proprie competenze in collaborazione con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo⁷⁴⁵.

Per quanto attiene alla VIA regionale, invece, l'autorità competente viene individuata nelle leggi regionali in materia (art 7-bis, comma 5)⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ Cfr. Tar Campania Napoli, sez. V, n. 5819 dell'8 ottobre 2018, secondo cui il ricorso da parte del Comune di Acerra avverso il provvedimento di VIA, sulla base della violazione della disciplina in tema di pre-informazione, è da accogliere, in quanto la documentazione presentata in tema di VIA doveva essere poi pubblicata sul sito web dell'amministrazione competente nonché su quello degli enti territoriali interessati e tra questi c'era anche il Comune di Acerra, il quale, invece, non era mai stato informato circa la pendenza del procedimento di VIA. Si tratterebbe di violazione gravissima che inficerebbe i principi di informazione e partecipazione in materia ambientale, storicamente elaborati nelle direttive comunitarie sull'impatto ambientale(ad iniziare dalla 85/337/CEE) e poi recepiti in sede internazionale dalla Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale.

La disciplina statale in tema di pre-informazione, completa e globale, in materia di valutazione di impatto ambientale, riconducibile alla potestà legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema ex art. 117, comma 2, lett. s) Cost., costituisce, secondo il tar, uno standard minimo uniforme di tutela che si impone a tutte le Regioni.

⁷⁴⁵ Ai sensi dell'art. 7-bis, comma 4, del Codice: *"In sede statale, l'autorità competente è il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, che esercita le proprie competenze in collaborazione con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo per le attività istruttorie relative al procedimento di VIA. Il provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA è adottato dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il provvedimento di VIA è adottato nelle forme e con le modalità di cui all'articolo 25, comma 2, e all'articolo 27, comma 8"*.

⁷⁴⁶ Cfr. Tar Campania Napoli, sez. V, n.5819 dell'8 ottobre 2018. Nel caso di specie il Comune di Acerra impugnava il decreto dirigenziale della Regione Campania, recante ad oggetto: "Provvedimento di valutazione di impatto ambientale relativo al progetto di realizzazione di un impianto per la messa in riserva, stoccaggio, recupero e smaltimento rifiuti speciali non pericolosi e pericolosi, loc. Pantano, proposto dalla società C. Il Comune impugnava tale provvedimento, pubblicato in BURC, poiché non era stato mai informato circa la pendenza del relativo procedimento di valutazione d'impatto ambientale.

Ai sensi dell'art. 7-bis, comma 5, del Codice: *"In sede regionale, l'autorità competente è la pubblica amministrazione con compiti di tutela, protezione e valorizzazione ambientale individuata secondo le disposizioni delle leggi regionali o delle Province autonome"*.

Per i progetti di competenza statale, l'autorità che cura l'istruttoria propone al Ministro dell'ambiente, entro 60 giorni dalla conclusione delle consultazioni, l'adozione del provvedimento di VIA⁷⁴⁷.

Le consultazioni attengono alla fase istruttoria del procedimento di VIA e consistono in forma di consultazione attiva di organismi rappresentativi della società civile, quali sindacati, organizzazioni di imprenditori, associazioni politiche, ambientaliste, culturali, singoli individui e così via a cui viene data la possibilità di proporre suggerimenti o accorgimenti in merito all'impostazione da dare al progetto relativo all'opera da realizzare.

Affinché tali consultazioni possano essere avviate e possano consentire quindi la partecipazione attiva di tutti gli interessati, occorre che tutta la documentazione di cui sopra, presentata dal proponente all'amministrazione competente, sia poi sintetizzata in forma semplice e comprensibile da tutti e poi pubblicata sotto forma di "avviso al pubblico", sul sito web della stessa amministrazione, nonché sull'albo pretorio informatico delle amministrazioni comunali territorialmente interessate⁷⁴⁸.

Le norme relative alla pubblicazione della domanda, alla partecipazione del pubblico, alle comunicazioni di avvio e di conclusione del procedimento tengono implicitamente conto della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sui c.d. "procedimenti di massa", riferibili ad una moltitudine di soggetti potenzialmente interessati dalla localizzazione e dall'esercizio di opere il cui impatto ambientale importante è qualificato

⁷⁴⁷ Cfr. art. 25, secondo comma del Codice: "Per indagini o accertamenti di particolare complessità, il termine può essere prorogato con specifica motivazione fino a ulteriori 30 giorni. In caso di ritardo nell'emanazione del decreto ministeriale, o del concerto da parte del Ministro dei beni culturali, l'adozione del provvedimento è rimessa al Consiglio dei Ministri che delibera entro 30 giorni".

⁷⁴⁸ Cfr. l'art. 24, commi 1 e 2, del Codice: "Della presentazione dell'istanza, della pubblicazione della documentazione, nonché delle comunicazioni di cui all'articolo 23 deve essere dato contestualmente specifico avviso al pubblico sul sito web dell'autorità competente. Tale forma di pubblicità tiene luogo delle comunicazioni di cui agli articoli 7 e 8, commi 3 e 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Dalla data di pubblicazione sul sito web dell'avviso al pubblico decorrono i termini per la consultazione, la valutazione e l'adozione del provvedimento di VIA.

2. L'avviso al pubblico, predisposto dal proponente, è pubblicato a cura dell'autorità competente ai sensi e per gli effetti di cui al comma 1, e ne è data comunque informazione nell'albo pretorio informatico delle amministrazioni comunali territorialmente interessate".

come tale dalla legge. Il novellato art. 24 del Codice precisa, infatti, che *“della presentazione dell’istanza, della pubblicazione della documentazione, nonché delle comunicazioni di cui all’articolo 23 deve essere dato contestualmente specifico avviso al pubblico sul sito web dell’autorità competente. Tale forma di pubblicità tiene luogo delle comunicazioni di cui agli articoli 7 e 8, commi 3 e 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241”*⁷⁴⁹.

Entro il termine di sessanta giorni⁷⁵⁰ dalla pubblicazione dell’avviso al pubblico chiunque abbia interesse può prendere visione sul sito web del progetto e della documentazione pertinente e presentare le osservazioni⁷⁵¹. Dalla data di pubblicazione sul sito web dell’avviso al pubblico, infatti, decorrono i termini per la consultazione, la valutazione e l’adozione del provvedimento di VIA⁷⁵².

⁷⁴⁹ Sull’art. 8, comma 3, della legge 241/1990 vedi Tar Lazio, 8850/2000; Cons. Stato Ad. Plen., 14/1999.

⁷⁵⁰ L’art. 24 del Codice, infatti, fissa un termine più ampio per l’invio delle osservazioni (sessanta giorni, mentre in precedenza l’art. 6 della legge n. 389 del 1986 aveva fissato il più breve termine di trenta giorni e l’art. 29, comma 1, del Codice, nel testo previgente, aveva previsto quarantacinque giorni)

⁷⁵¹ Cfr. Tar Campania Napoli, sez. V, n.5819 dell’8 ottobre 2018 che accoglieva il ricorso del Comune, in quanto l’avviso al pubblico non era stato pubblicato né sul sito della Regione né su quello dello stesso Comune, e, conseguentemente, *“in assenza dell’informazione della presentazione dell’istanza di valutazione di impatto ambientale e della relativa documentazione, né l’ente locale né la popolazione amministrata avevano potuto partecipare alla fase di consultazione mediante la presentazione di osservazioni”*.

La facoltà riconosciuta al pubblico di presentare osservazioni “fornendo nuovi o ulteriori elementi conoscitivi e valutativi” (art. 24, comma 3) sta a qualificare tali atti come apporti collaborativi. Il proponente può, a sua volta, controdedurre nella successiva fase, dopo l’acquisizione dei pareri della amministrazioni interessate.

⁷⁵² V. l’art.24, comma 2, del Codice: *“L’avviso al pubblico, predisposto dal proponente, è pubblicato a cura dell’autorità competente ai sensi e per gli effetti di cui al comma 1, e ne è data comunque informazione nell’albo pretorio informatico delle amministrazioni comunali territorialmente interessate. L’avviso al pubblico deve indicare almeno:*

- a) il proponente, la denominazione del progetto e la tipologia di procedura autorizzativa necessaria ai fini della realizzazione del progetto;*
- b) l’avvenuta presentazione dell’istanza di VIA e l’eventuale applicazione delle disposizioni di cui all’articolo 32;*
- c) la localizzazione e una breve descrizione del progetto e dei suoi possibili principali impatti ambientali;*
- d) l’indirizzo web e le modalità per la consultazione della documentazione e degli atti predisposti dal proponente nella loro interezza;*
- e) i termini e le specifiche modalità per la partecipazione del pubblico;*
- f) l’eventuale necessità della valutazione di incidenza a norma dell’articolo 10, comma 3.*

Occorre fin da ora chiarire che le osservazioni del pubblico, affinché possano essere considerate nell'ambito del procedimento di VIA, devono afferire alla valutazione degli effetti ambientali dell'opera sottoposta a valutazione di impatto ambientale⁷⁵³.

Anche in questa fase può ravvisarsi la necessità di richiedere modifiche o integrazioni al progetto e alla documentazione presentata. La mancata ottemperanza del termine perentorio per la presentazione della documentazione richiesta comporta il rigetto dell'istanza e la sua archiviazione.

In caso di modifiche sostanziali conseguenti alla risultanze della consultazione o alle controdeduzioni del proponente, si apre un nuovo procedimento con un nuovo avviso al pubblico, nuove osservazioni e pareri, nuove repliche del proponente e successiva decisione conclusiva.

In particolare, i soggetti interessati possono liberamente accedere al sito web dell'amministrazione per la consultazione degli atti e dei documenti relativi al procedimento di VIA e possono presentare osservazioni entro 60 giorni dalla pubblicazione. Nei successivi 60 giorni l'autorità competente, tenuto conto delle osservazioni eventualmente presentate, accerta gli eventuali effetti negativi e significativi sull'ambiente.

Da quanto sopra esposto in tema di partecipazione, è chiaro che le forme di pubblicità prescritte dai richiamati disposti degli articoli 23 e 24 del Codice si integrano tra di loro, in quanto volte ad un'informazione completa e quindi ad una partecipazione cosciente dei soggetti interessati; nei casi in

3. Entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'avviso al pubblico di cui al comma 2, chiunque abbia interesse può prendere visione, sul sito web, del progetto e della relativa documentazione e presentare le proprie osservazioni all'autorità competente, anche fornendo nuovi o ulteriori elementi conoscitivi e valutativi. Entro il medesimo termine sono acquisiti per via telematica i pareri delle Amministrazioni e degli enti pubblici che hanno ricevuto la comunicazione di cui all'articolo 23, comma 4. Entro i trenta giorni successivi alla scadenza del termine di cui ai periodi precedenti, il proponente ha facoltà di presentare all'autorità competente le proprie controdeduzioni alle osservazioni e ai pareri pervenuti

⁷⁵³ Tar Puglia, Bari, sez. I, sent. n. 1346 del 4 luglio 2018.

Per la dottrina, v. F. Trimarchi Banfi, *Aspetti del procedimento per la valutazione d'impatto ambientale*, in *Amministrare*, 2012, 226 ss.

cui tali obblighi di pre-informazione non siano stati assolti pienamente, il relativo provvedimento di VIA risulta annullabile⁷⁵⁴.

Il d.lgs. n. 104 del 2017 ribadisce che i termini statuiti nel procedimento di VIA si considerano perentori, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2, commi 9, 9-quater e 2-bis della legge n. 241 del 1990⁷⁵⁵.

Nella fase istruttoria, l'autorità competente acquisisce e valuta la documentazione presentata, le osservazioni del pubblico e gli atti di assenso delle amministrazioni competenti in materia ambientale.

Competente in ordine alla fase istruttoria dei procedimenti di VIA di competenza statale è la Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale VIA e VAS, ai sensi dell'art. 8 del Codice.

Nell'ambito del procedimento di VIA, l'autorità competente valuta tutti gli effetti derivanti dalla realizzazione dell'opera sull'ambiente e, pertanto, anche gli impatti cumulativi dell'opera stessa con gli interventi sul territorio sia preesistenti sia previsti soltanto in fase progettuale⁷⁵⁶. In particolare, nell'istruttoria di VIA l'autorità competente valuta "la stima della capacità di carico ambientale sopportabile dal sito di localizzazione dell'opera"⁷⁵⁷.

La valutazione di impatto ambientale positiva è assoggettata ad un termine ordinario di efficacia non inferiore a cinque anni, tenendo conto dei tempi previsti per la realizzazione del progetto e del rilascio dei

⁷⁵⁴ Cfr. Tar Campania Napoli, sez. V, n. 5819 dell'8 ottobre 2018.

⁷⁵⁵ Cfr. in particolare l'art. 25, comma 7 del Codice. Il d.lgs. n. 104 del 2017 provvede a qualificare tutti i termini previsti come perentori, ma la qualificazione dei termini come perentori non significa che il loro inutile superamento determini una consumazione del potere di provvedere (semmai rende più urgente adottare il provvedimento), ma produce diverse conseguenze rilevanti sul versante dei diritti del soggetto interessato. Infatti, la mancata o tardiva adozione dei provvedimenti di competenza costituisce inadempimento della pubblica amministrazione, sanzionabile per responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile. Si configura anche un obbligo di risarcimento del danno ingiusto cagionato a seguito dell'inosservanza dolosa o colposa dei termini. Può dar luogo all'adozione dei provvedimenti sostitutivi. Infine, può essere adottato il ricorso contro il silenzio della pubblica amministrazione (art. 21-bis della legge n. 241 del 1990).

⁷⁵⁶ Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 14 luglio 2011, n. 1341.

⁷⁵⁷ Tar Lazio, sez. II-bis, 3 febbraio 1998, n.40; Tar Puglia Bari, sez. I, sent. n. 1346 del 18 ottobre 2018; Cons. St., sez. IV, sent. n. 499 del 25 gennaio 2018; Cons. St., IV sez., sent. n. 1487 dell'8 marzo 2018.

procedimenti autorizzatori necessari. Il procedimento di VIA deve essere rinnovato qualora entro il termine consentito il progetto non sia stato realizzato, salva la concessione, da parte dell'autorità competente, di proroghe su richiesta del proponente (art. 25, comma 5 del Codice).

La fase eventuale dell'inchiesta pubblica. Ai sensi dell'art. 24-bis del Codice, infine, l'Autorità competente può disporre che la consultazione del pubblico avvenga mediante lo svolgimento di una inchiesta pubblica⁷⁵⁸ con oneri a carico del proponente, da concludersi nel termine di 90 giorni⁷⁵⁹.

L'inchiesta pubblica è una particolare forma di partecipazione procedimentale in relazione alla valutazione di impatto ambientale, rispetto alla quale costituisce una fase del procedimento amministrativo.

In sostanza, l'inchiesta pubblica è una modalità di coinvolgimento del pubblico interessato agli impatti di un progetto od opera sottoposto a VIA. Si svolge quindi all'interno del procedimento di VIA e dopo che questo è stato aperto⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ Cfr. l'art. 24-bis del Codice:

1. *L'autorità competente può disporre che la consultazione del pubblico di cui all'articolo 24, comma 3, primo periodo, si svolga nelle forme dell'inchiesta pubblica, con oneri a carico del proponente, nel rispetto del termine massimo di novanta giorni. L'inchiesta si conclude con una relazione sui lavori svolti ed un giudizio sui risultati emersi, predisposti dall'autorità competente.*

2. *Per i progetti di cui all'allegato II, e nell'ipotesi in cui non sia stata svolta la procedura di dibattito pubblico di cui all'articolo 22 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, l'autorità competente si esprime con decisione motivata, sentito il proponente, qualora la richiesta di svolgimento dell'inchiesta pubblica sia presentata dal consiglio regionale della Regione territorialmente interessata, ovvero da un numero di consigli comunali rappresentativi di almeno cinquantamila residenti nei territori interessati, ovvero da un numero di associazioni riconosciute ai sensi dell'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, rappresentativo di almeno cinquantamila iscritti.*

3. *La richiesta di cui al comma 2, motivata specificamente in relazione ai potenziali impatti ambientali del progetto, è presentata entro il quarantesimo giorno dalla pubblicazione dell'avviso al pubblico di cui all'articolo 24, comma 1.*

⁷⁵⁹ Per la dottrina, v. P. Dell'Anno, op. cit., 223 ss. In tempi passati lo stesso A. aveva manifestato la sua perplessità per il procedimento di inchiesta pubblica che si concludeva con una semplice relazione sull'attività svolta e sui documenti presentati, senza che venisse espresso un giudizio sulle risultanze.

⁷⁶⁰ Nessun amministratore pubblico può ormai, ragionevolmente, pensare di realizzare un'opera che abbia un minimamente apprezzabile impatto ambientale prescindendo dal consenso, o comunque da uno standard minimo di coinvolgimento democratico, delle comunità destinate a vedere i propri interessi – o, nell'ipotesi minima, i luoghi nei quali essa vive – incisi dall'opera: ciò non solo per la sempre maggiore attenzione riservata alle

È possibile sin da ora anticipare che l'inchiesta pubblica rappresenta il luogo in cui si esercitano, a vario titolo ed in varie forme, i diritti di partecipazione di soggetti, non altrimenti qualificati, in termini soggettivi, oltre il "chiunque", al fine di consentire l'emersione di elementi conoscitivi e valutativi relativi ai possibili effetti che l'opera da realizzare potrebbe avere sull'ambiente. Tale partecipazione può essere concessa ed esercitata, in quanto i soggetti in capo ai quali viene riconosciuto il relativo diritto siano titolari di situazioni giuridiche soggettive ritenute meritevoli di tutela dall'ordinamento⁷⁶¹.

Lo scopo dell'inchiesta è apprezzabile sotto un duplice profilo: uno esterno, ossia consentire una ampia informazione, evidentemente ancor più ampia rispetto alle semplici consultazioni; uno interno, al fine di acquisire elementi di conoscenza e di giudizio e, in definitiva, apportare significativi benefici alla fase istruttoria del procedimento amministrativo⁷⁶².

Secondo le migliori esperienze di inchiesta pubblica nelle procedure di valutazione ambientale (soprattutto nei paesi anglosassoni: Gran Bretagna, Canada, Stati Uniti), l'inchiesta ha l'obiettivo sia di permettere il coinvolgimento più largo del pubblico in adeguato anticipo a decisioni definitive a rilevante impatto ambientale nel territorio interessante; sia di garantire una trasparente ed imparziale gestione della inchiesta, dandone la gestione a figure terze non solo rispetto al committente dell'opera, ma anche alla istituzione che svolge il ruolo di autorità competente nel decidere la VIA⁷⁶³.

Molto chiara, al riguardo, risulta la definizione di inchiesta pubblica, richiamata dallo stesso Consiglio di Stato, contenuta nell'art. 18, comma 6,

associazioni o ai comitati portatori di interessi collettivi o diffusi (nonché alla loro sempre crescente capacità, anche mediatica, di porre la questione di interesse ambientale all'ordine del giorno), ma anche per la progressiva costruzione del procedimento amministrativo come luogo di formazione di una volontà amministrativa non più autonoma ed unilaterale bensì concertata. Cfr. sul punto P. Dell'Anno, op. cit. 69 ss.

⁷⁶¹ Cfr. sul punto Cons. St., sez. IV, sent. n. 5 novembre 2018, n. 6257.

⁷⁶² P. Dell'Anno, op. cit., 203 ss.;

⁷⁶³ Cfr. M. Di Prete, "La valutazione ambientale di progetti civili. Una V.I.A. a più dimensioni", 106 ss.

della legge regionale Veneto n. 10 del 1999, laddove precisava che *“l’inchiesta pubblica consiste almeno nell’audizione, in contraddittorio con il soggetto proponente, di coloro che hanno presentato le osservazioni, da parte della commissione VIA e dei comuni e province interessati”*⁷⁶⁴.

Successivamente, la suddetta legge regionale è stata abrogata dalla legge regionale Veneto n. 4 del 2016, recante *“Disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale e di competenze in materia di autorizzazione integrata ambientale”*. E la definizione di inchiesta pubblica proposta dal legislatore all’art. 15, comma 2, dopo ben 17 anni dalla precedente, ricalca esattamente quella contenuta nella legge regionale del 1999 sopra richiamata⁷⁶⁵.

Anche la legge regionale Toscana n. 10 del 2010 offre una definizione di inchiesta pubblica da cui appare chiaro l’intento del legislatore e, cioè, quello di garantire una effettiva partecipazione del pubblico interessato in contraddittorio con il proponente e le altre amministrazioni che eventualmente abbiano espresso precedentemente il proprio parere. Più specificamente, essa consiste in almeno tre audizioni aperte al pubblico, ognuna delle quali si può articolare in una o più sessioni⁷⁶⁶:

⁷⁶⁴ Cfr. il richiamo di tale legge regionale fatto da Cons. St., sez. IV, del 5 novembre 2018, n. 6257.

⁷⁶⁵ Cfr. l’art. 15 della legge regionale Veneto n. 4 del 2016:

“1. L’autorità competente assicura la partecipazione di amministrazioni, associazioni e soggetti interessati, nonché lo scambio di informazioni e la consultazione con il proponente, eventualmente ricorrendo allo svolgimento dell’inchiesta pubblica di cui all’articolo 24 del Decreto legislativo.

2. L’inchiesta pubblica è disposta dal Presidente della Comitato tecnico VIA competente, che la presiede, individuando la sede in cui si svolge e consiste nell’audizione da parte del Comitato medesimo di coloro che hanno presentato osservazioni, in contraddittorio con il soggetto proponente.

3. Il Presidente del Comitato tecnico VIA è tenuto a disporre l’inchiesta pubblica qualora sia richiesta dal Sindaco di uno dei Comuni interessati di cui all’articolo 3, comma 2, lettere a) e b), o da una delle organizzazioni non governative di cui all’articolo 3, comma 1, lettera n).

4. L’indizione dell’inchiesta pubblica è resa nota a coloro che hanno presentato osservazioni tramite pubblicazione sul sito web dell’autorità competente e tramite posta elettronica.

5. Gli adempimenti di cui all’articolo 24, comma 7, del decreto legislativo si intendono assolti con la redazione di apposito verbale e con l’acquisizione e la valutazione degli esiti dell’inchiesta da parte della Comitato tecnico VIA in sede di espressione del parere di competenza”.

⁷⁶⁶ In particolare, le tre audizioni consistono in: a) *audizione preliminare, in cui il presidente procede alla indicazione dei commissari e presenta ai partecipanti la proposta di programma dei lavori;*

Alle audizioni previste nell'ambito dell'inchiesta pubblica possono partecipare: gli autori di eventuali osservazioni, il proponente e gli estensori del progetto e dello studio di impatto ambientale, nonché i soggetti competenti in materia ambientale. Sono altresì ammessi a partecipare alle audizioni gli ulteriori soggetti che ne facciano richiesta, con le modalità previste nell'atto di cui al comma 1⁷⁶⁷.

Le varie leggi regionali, nel disciplinare, sia pure in forme diverse, le fasi di tale sub-procedimento⁷⁶⁸, garantiscono comunque il raggiungimento del medesimo risultato sostanziale dell'istituto, così come disciplinato dal sopra richiamato art. 24-bis del Codice e cioè quello di garantire la massima partecipazione del pubblico interessato in un apposito contraddittorio che l'organo competente instaura con il proponente e del cui esito lo stesso organo darà atto in apposita relazione sui lavori svolti", dove esprimerà anche un "giudizio sui risultati emersi, dei quali si dovrà tenere conto ai fini del provvedimento conclusivo di VIA⁷⁶⁹.

b) audizione generale, in cui sono discussi tutti gli aspetti, programmatici, progettuali ed ambientali del progetto oggetto di valutazione, nonché le osservazioni, i pareri e i contributi pervenuti all'autorità competente nell'ambito del procedimento;

c) audizione finale, in cui il presidente illustra la relazione finale sui lavori svolti recante anche il giudizio sui risultati emersi, in collaborazione con i commissari.

⁷⁶⁷ Cfr. i commi 5 e 6 dell'art. 53 della sopra richiamata legge regionale Toscana:

5. Dell'indizione e delle modalità di svolgimento dell'inchiesta pubblica viene dato specifico avviso, pubblicato sul sito istituzionale dell'autorità competente.

6. L'inchiesta pubblica si conclude con la redazione, da parte del presidente in collaborazione con i commissari, della relazione finale sui lavori svolti recante anche il giudizio sui risultati emersi. La relazione è trasmessa all'autorità competente e pubblicata sul sito istituzionale della medesima, fatte salve le esigenze di riservatezza".

⁷⁶⁸ Si può osservare come il legislatore regionale abbia sì autonomia nel disciplinare il procedimento dell'inchiesta pubblica (individuare le fasi del procedimento, le modalità di partecipazione del pubblico al contraddittorio, le modalità di pubblicazione delle informazioni attinenti alla materia ambientale, ecc.), ma dovrà comunque realizzare il fine per cui tale istituto è stato previsto dal legislatore statale e cioè garantire la massima partecipazione dei soggetti interessati ad un certo procedimento che impatta sull'ambiente e sulla salute pubblica.

⁷⁶⁹ Cfr. il comma 3 dell'art 25 del Codice: "Il provvedimento di VIA contiene le motivazioni e le considerazioni su cui si fonda la decisione dell'autorità competente, incluse le informazioni relative al processo di partecipazione del pubblico, la sintesi dei risultati delle consultazioni e delle informazioni raccolte ai sensi degli articoli 23, 24 e 24-bis, e, ove applicabile, ai sensi dell'articolo 32, nonché l'indicazione di come tali risultati siano stati integrati o altrimenti presi in considerazione".

La conferma dell'inchiesta pubblica come figura organizzativa e procedimentale ordinaria lascia persistere comunque il dubbio se fosse stato preferibile conferire espressamente all'organo competente una posizione di terzietà rispetto all'autorità dotata del relativo potere decisorio, definendo nel contempo i suoi poteri istruttori e soprattutto l'efficacia delle sue conclusioni nei confronti del provvedimento "principale". Secondo parte della dottrina, in particolare, il potere di giudizio dovrebbe essere affidato a soggetti dotati del requisito indefettibile dell'imparzialità non meno di quella della competenza professionale, dal momento che il giudizio reso può condizionare fortemente la decisione che la legge affida all'autorità amministrativa competente⁷⁷⁰.

Conclusa la fase istruttoria il proponente può decidere in piena autonomia di modificare gli elaborati presentati per tener conto delle osservazioni e dei pareri emessi nel corso dell'inchiesta pubblica o delle consultazioni, ma potrebbe essere tenuto a pubblicare nuovamente le modifiche proposte. In tal caso prende avvio un nuovo procedimento di VIA, con riapertura dei termini per la decisione dell'autorità competente.

In caso di integrazioni documentali sostanzialmente rilevanti, l'amministrazione impone al proponente di provvedere alla pubblicazione dell'avviso in relazione al deposito delle integrazioni stesse, per consentire al pubblico di prendere visione e di presentare osservazioni.

Secondo la giurisprudenza l'Amministrazione competente non ha l'obbligo di motivare in modo puntuale in ordine alle osservazioni del pubblico. Pertanto, secondo tale orientamento, da ritenere prevalente, deve essere considerato legittimo un parere di VIA che affermi genericamente che le osservazioni sono state valutate⁷⁷¹.

Il provvedimento di valutazione di impatto ambientale deve essere pubblicato interamente sul sito web dell'autorità competente, con

⁷⁷⁰ V. per tutti P. Dell'Anno, op. cit., 223 ss.;

⁷⁷¹ Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2006, n. 129, in www.giustamm.it, Tar Lazio, sez. III ter, 27 giugno 2005 n. 5360; Tar Lazio Roma, Sez. II bis, 14 gennaio 2019, n. 449.

indicazione della sede dove può essere consultata la documentazione relativa all'istruttoria, oltre alle valutazioni successive.

Dalla data della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale o nel Bollettino regionale decorrono i termini per eventuali impugnazioni in sede giurisdizionale da parte dei soggetti interessati⁷⁷². La procedura di VIA, infatti, pur inserendosi sempre all'interno del più ampio procedimento di realizzazione di un'opera o di un intervento, è stata considerata dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti come dotata di autonomia, "in quanto destinata a tutelare uno specifico interesse (quello alla tutela dell'ambiente) e ad esprimere al riguardo, specie in ipotesi di esito negativo, una valutazione definitiva, già di per sé potenzialmente lesiva di valori ambientali; di conseguenza, gli atti conclusivi di dette procedure sono stati ritenuti immediatamente impugnabili dai soggetti interessati alla protezione di quei valori (siano essi associazioni di tutela ovvero, come nel caso che occupa, cittadini residenti in loco)⁷⁷³.

Tali conclusioni appaiono oggi confortate dalla disciplina generale di cui all'art. 20 del Codice, che configura la stessa procedura di verifica dell'assoggettabilità a VIA *come vero e proprio sub-procedimento autonomo, caratterizzato da partecipazione dei soggetti interessati e destinato a concludersi con un atto avente natura provvedimentoale, soggetto a pubblicazione*⁷⁷⁴

⁷⁷² Precedentemente all'introduzione del Codice, parte della giurisprudenza negava l'autonoma impugnabilità del giudizio di VIA (cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2007, n. 5773, in *Amb.*, 2007, 983). Altra parte della giurisprudenza riconosceva, invece, efficacia lesiva ai provvedimenti di VIA non solo negativi, in quanto determinano un arresto procedimentale, ma neanche positivi (cfr. Tar Veneto, sez. I, 14 luglio 2000, 1350, in *Riv. Giur. Amb.*, 2001, I, 105).

⁷⁷³ Cons. St., sez. IV, 13 settembre 2017, n. 4327.

⁷⁷⁴ Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1213.

6.4. Natura giuridica della VIA e conseguenze in caso di sue violazioni.

Alla luce del sistema normativo fin qui esposto in tema di VIA, si comprende chiaramente quanto il legislatore europeo e nazionale si dimostri attento al coinvolgimento del pubblico nei procedimenti amministrativi aventi ad oggetto la realizzazione di opere che impattano sull'ambiente e che potrebbero produrre effetti pregiudizievoli nei confronti di un gran numero di persone.

Il nuovo d.lgs. n. 104 del 2017 non offre elementi utili a chiarire un dubbio sollevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alla natura della valutazione d'impatto ambientale, che è considerata da alcuni non tanto un esercizio di discrezionalità tecnica⁷⁷⁵, quanto una manifestazione di discrezionalità amministrativa⁷⁷⁶. Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina⁷⁷⁷ non sembrano esserci dubbi che si tratti di vera e propria discrezionalità amministrativa, dal momento che l'art. 2 della Direttiva 85/337 statuisce che tale procedimento assume come parametri della sua attività l'individuazione, la descrizione e la valutazione della salute umana, oltre a: la fauna, la flora, il suolo, l'acqua, l'aria, il clima, il paesaggio, i beni materiali e culturali; e si consideri inoltre che la nuova Direttiva 2014/52 ne amplia l'orizzonte funzionale, come già accennato. La valutazione di impatto ambientale, dunque, provvede alla cura di molti e diversi interessi pubblici non omogenei né sempre convergenti⁷⁷⁸.

Non essendo questa la sede opportuna per soffermarsi sulla natura giuridica della valutazione d'impatto ambientale, si ritiene sufficiente

⁷⁷⁵ Tar Trentino Alto- Adige, 327/2006; Cons. St., sez. II, parere n. 1003/1989.

⁷⁷⁶ La giurisprudenza amministrativa definisce la valutazione di impatto ambientale come un atto di alta amministrazione, quando le massime autorità dello Stato esprimono la volontà politica di realizzare una determinata opera pubblica (cfr. Cons. St., sez. VI, 129/2006, par. 9). La natura di atto amministrativo, sia pure altamente discrezionale, ne consente la sindacabilità giurisdizionale solo per evidenti vizi di eccesso di potere nelle figure sintomatiche dell'inadeguatezza del procedimento, illogicità, contraddittorietà, arbitrarietà ed irragionevolezza (cfr. Cons. St., 4246/2010).

⁷⁷⁷ Tra i molti v. P. Dell'Anno, op. cit. 235 ss.

⁷⁷⁸ Quando c'è una pluralità di interessi pubblici da curare si è in presenza di discrezionalità amministrativa. V. *ex multis*, Tar Lazio Roma, Sez. II bis, 14 gennaio 2019, n. 449.

accennare a qualche considerazione: mentre la precedente definizione legislativa qualificava la valutazione d'impatto ambientale come un parere, recante un giudizio prognostico sulla compatibilità dell'opera a date condizioni, e dunque ne consentiva l'inquadramento tra gli atti connotati da discrezionalità tecnica, la nuova formulazione normativa lo qualifica, invece, come vero e proprio provvedimento a contenuto autorizzatorio tende a valorizzarne il contenuto di manifestazione di volontà dell'amministrazione⁷⁷⁹.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea non fornisce elementi discriminanti in proposito, stante il principio di autonomia riconosciuto agli Stati membri per quanto concerne le forme e le modalità di attuazione degli impegni comunitari.

L'evoluzione normativa segnata dal d.lgs. n. 107 del 2017 ha consolidato l'impostazione sopra descritta (secondo cui ci si trovi dinnanzi ad un provvedimento di natura squisitamente discrezionale) assegnando alla pubblica amministrazione un amplissimo potere di scelta e di orientamento delle politiche ambientali, anche private⁷⁸⁰.

Ai sensi dell'art. 29, comma 1, gli atti amministrativi di autorizzazione di una certa opera privi del presupposto della preventiva valutazione di impatto ambientale obbligatoria sono annullabili per violazione di legge. Si conferma l'orientamento europeo, che nega legittimità a tali atti, in quanto incompleti nel procedimento permissivo⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ P. Dell'Anno, op. cit., 235 ss.

⁷⁸⁰ Valga per tutti, la conferma della pretesa di descrizione dell'alternativa zero di un progetto, che di fatto assegna all'autorità competente il potere di decretare l'inutilità, l'irrilevanza, e non solo la novità di un determinato progetto. Cfr. sul punto P. Dell'Anno, op. cit., 236.

⁷⁸¹ La giurisprudenza comunitaria (Corte Giust., 7 gennaio 2004, proc. C-201/2004) rimette allo Stato membro la fissazione delle modalità con le quali sanzionare la realizzazione di un'opera senza la valutazione d'impatto ambientale richiesta dalla legge, precisando che l'alternativa consiste nella revoca dell'autorizzazione o nel risarcimento del danno provocato ai soggetti interessati dalla mancata adozione delle misure che la VIA avrebbe contemplato.

Viene confermata la natura della VIA come parte integrante del procedimento autorizzatorio, avendo assunto la natura di autorizzazione unica, tanto che, ai sensi dell'art. 29, comma 3, non può darsi inizio ai lavori in sua assenza.

In caso di inadempimenti accertati o di violazione delle prescrizioni ambientali o di modifiche progettuali che rendono il nuovo progetto difforme da quello oggetto dei procedimenti di verifica di assoggettabilità, di VIA o di autorizzazione unica, l'autorità competente procede, secondo la gravità delle infrazioni:

- a) alla diffida, assegnando un termine per provvedere;
- b) alla diffida con contestuale sospensione dell'attività per un tempo determinato, se vi è rischio di impatti ambientali significativi e negativi;
- c) alla revoca del provvedimento di verifica di assoggettabilità o di quello di VIA, in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte con la diffida e in caso di reiterate violazioni che causano situazioni di pericolo o di danno per l'ambiente (art. 29, comma 2).

La realizzazione del progetto o di una sua parte senza la verifica di assoggettabilità o la VIA è punita con la sanzione amministrativa da 35.000 a 100.000 euro, mentre l'inosservanza delle prescrizioni ambientali contenute nel provvedimento di verifica o di VIA è punito con la sanzione da 20.000 a 80.000 euro (art. 29, comma 5).

Inoltre, l'autorità competente (ministeriale o regionale) ha il potere di adottare provvedimenti inibitori per impedire la prosecuzione dei lavori iniziati senza il titolo legittimante (verifica di assoggettabilità o VIA) ovvero difformi da quelli approvati, e di emanare ordini conformativi, inclusa la demolizione e il ripristino, per l'adeguamento alle esigenze di tutela ambientale, attribuendo espressamente all'autorità competente la potestà di eseguire d'ufficio – in caso di non ottemperanza- gli interventi necessari.

6.5. La partecipazione nella valutazione ambientale strategica (VAS)

La valutazione ambientale strategica rappresenta un procedimento amministrativo volto a garantire l'integrazione delle considerazioni ambientali nell'ambito della elaborazione e adozione degli strumenti di pianificazione e programmazione, che possono avere significativi effetti sull'ambiente, al fine di assicurare un "elevato livello di protezione dell'ambiente e di promuovere lo sviluppo sostenibile" (v. art. 1 della dir. 2001/42/CE concernente la valutazione di determinati piani e programmi sull'ambiente)⁷⁸².

Il Codice inquadra la valutazione ambientale di piani, programmi e progetti secondo una prospettiva teleologica unitaria, che assegna ad ambedue gli strumenti giuridici della VAS e della VIA *"la finalità di assicurare che l'attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, e quindi nel rispetto della capacità rigenerativa degli ecosistemi e delle risorse, della salvaguardia della biodiversità e di un'equa distribuzione dei vantaggi connessi all'attività economica"*⁷⁸³.

La VAS, a differenza della VIA, consente effettivamente l'attuazione della ampie finalità di tutela dell'ambiente⁷⁸⁴, che ispirano anche la procedura di compatibilità ambientale dei progetti, anche se quest'ultima, essendo vincolata alla valutazione di una singola opera⁷⁸⁵, può garantire soltanto parzialmente. La VAS consiste nella valutazione integrata degli

⁷⁸² Sulla dir. 2001/42/CE, v. Boccia, Piani e programmi soggetti alla valutazione ambientale strategica, profili di diritto comunitario, in AA.VV., il terzo decreto correttivo al TUA, seconda parte (inserto), in *Amb.*, 2010, 12, I, 121 ss.; Filippucci, La valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente (II), *ivi*, 2004, 344; Bilanzone, Valutazione ambientale strategica, in Milone-Bilanzone, Valutazione di impatto ambientale. Disciplina attuale e prospettive. Piacenza, La Tribuna, 2003, 325 ss.; R. Ferrara e M.A. Sandulli, Trattato di diritto dell'ambiente, II, I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente (a cura di S. Grazzi e M.A. Sandulli), Milano, 2012, 170 ss.

⁷⁸³ Tar Campania Napoli, Sez. II, 15 gennaio 2019, n. 217. Per la dottrina v. P. Dell'Anno, *Diritto dell'Ambiente*, 2018, 192 ss.

⁷⁸⁴ Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2003, n. 4970, in Cons. st. 2003, I, 1901. Con riferimento alla VAS, cfr. Cons. St., sez. IV, 6 agosto 2013, n. 4151, in www.Ambientediritto.it.

⁷⁸⁵ E. Boscolo, La valutazione degli effetti sull'ambiente di piani e programmi: dalla Via alla Vas, in *Urbanistica e appalti*, n.10/2002, 1123-1124.

interessi ambientali nell'ambito del procedimento di approvazione dei piani o dei programmi⁷⁸⁶, attraverso la partecipazione delle autorità competenti in materia ambientale e mediante l'acquisizione degli apporti partecipativi del pubblico⁷⁸⁷.

Per quanto concerne il ruolo specifico della valutazione ambientale strategica, viene precisato che essa si svolge su piani e programmi che possono avere un impatto significativo sull'ambiente e *"ha la finalità di garantire un elevato livello di tutela dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di detti piani e programmi, assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile"*⁷⁸⁸.

La valutazione ambientale strategica *"è effettuata durante la fase preparatoria del piano o del programma ed anteriormente alla sua approvazione o all'avvio della relativa procedura legislativa"*⁷⁸⁹.

Sulla base di un rapporto preliminare predisposto dal proponente o dall'autorità procedente⁷⁹⁰ viene redatto il rapporto ambientale sui possibili impatti ambientali significativi derivanti dall'attuazione del piano o programma (dei quali costituisce parte integrante), indicando anche *"le ragionevoli alternative che possono adottarsi"*⁷⁹¹.

La proposta di piano o programma, che comprende il rapporto ambientale, è comunicata all'autorità competente e tale comunicazione è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale o sul B.U.R., mentre tutta la

⁷⁸⁶ S. Amorosino, Profili pubblici essenziali in tema di valutazione ambientale strategica, in *Amb.*, 2009, 247 ss.; R, Ferrara e M.A. Sandulli, *Trattato di diritto dell'ambiente*, 2014, op. cit., 170 ss.

⁷⁸⁷ In particolare, come afferma Cons. Stato, sez. IV, 13 novembre 2012, n. 5715, *"la valutazione ambientale strategica è la valutazione delle conseguenze ambientali di piani e programmi al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile di un territorio sotto il profilo ambientale"*. Cfr. anche Tar Lombardia Milano, Sez. IV, 8 novembre 2018, n. 2529;

⁷⁸⁸ Cfr. art. 4, comma 4, lett. a) del Codice.

⁷⁸⁹ Cfr. art. 11, comma 3) del Codice. Secondo Cons. St., sez. IV, 133/2011 la VAS si configura come una fase interna ai procedimenti di formazione dei piani e dei programmi.

⁷⁹⁰ A seconda che dell'iniziativa pianificatoria sia titolare un soggetto privato o pubblico.

⁷⁹¹ Art. 13, comma 4 del Codice.

documentazione viene messa a disposizione del pubblico, previo deposito presso gli uffici dell'autorità competente e degli enti interessati.

Dalla data di pubblicazione decorrono i termini per l'esame istruttorio e la valutazione dell'autorità competente, ma anche quelli per la fase di partecipazione del pubblico.

In particolare, entro 60 giorni dalla pubblicazione chiunque può prendere visione della proposta di piano o del rapporto ambientale e presentare osservazioni in forma scritta⁷⁹².

Da quanto poc'anzi esposto, risulta chiaramente che la partecipazione del pubblico in tema di VAS è limitata all'invio di osservazioni scritte, mentre non viene prevista la possibilità per l'autorità procedente di indire l'inchiesta pubblica (possibilità prevista, invece, nell'ambito del procedimento di VIA) né di ricorrere ad altre forme di consultazione popolare (ad es. i dibattiti pubblici).

Ciò coerentemente con l'art. 13 della legge n. 241 del 1990 che non prevede l'applicazione delle norme sulla partecipazione (artt. 7 ss.) per i procedimenti finalizzati all'emanazione di atti amministrativi generali e di pianificazione, in riferimento ai quali *"restano ferme le particolari norme che li riguardano"*. Al riguardo, si richiama l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui le osservazioni presentate nell'ambito dei procedimenti di adozione degli strumenti di pianificazione sono da qualificarsi come apporti collaborativi⁷⁹³, mentre non si instaura un contraddittorio con l'amministrazione procedente. La regola generale, secondo cui non si applicano le norme sulla partecipazione nei procedimenti di formazione degli atti di pianificazione, trova una corrispondenza nell'esclusione dell'obbligo di motivazione prevista dalla legge in riferimento a tali atti (art. 3 dalla legge n. 241 del 1990). La norma che obbliga l'amministrazione a motivare i propri atti si basa, infatti,

⁷⁹² Art. 14, comma 3 del Codice.

⁷⁹³ Cons. St., sez. III, 26 agosto 2010, n. 3146 in Foro amm. C.d.S. 2010,1718; Cons. St., sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8650, in Foro amm., C.d.S. 2010, 2659.

sull'esigenza che ogni decisione si fondi su elementi che sono stati oggetto di discussione in sede procedimentale⁷⁹⁴.

Per tale motivo la giurisprudenza che si è formata in relazione ai procedimenti di adozione e approvazione degli strumenti di pianificazione non richiede un esame dettagliato delle osservazioni dei privati, ma è sufficiente che l'amministrazione affermi che i contributi del pubblico siano stati considerati⁷⁹⁵.

Va evidenziato, peraltro, che la limitata partecipazione dei soggetti interessati (privati e altre amministrazioni) alla VAS si pone in contrasto sia con la dir. 2001/42/CE, sia con le previsioni della Convenzione di Aarhus, che prevede (art. 7) che sia garantita una effettiva partecipazione pubblica nella fase di preparazione dei piani in materia ambientale, assicurando anche forme di contraddittorio con il pubblico interessato. La Corte di Giustizia UE ha chiarito che le disposizioni della Convenzione di Aarhus sono state recepite dalla dir. 2001/42/CE⁷⁹⁶.

All'esito della complessa attività tecnico-istruttoria, che ha comportato l'esame della documentazione, la consultazione degli altri soggetti pubblici interessati, la valutazione delle osservazioni presentate dal pubblico, l'autorità competente esprime un parere motivato entro il termine di 90 giorni⁷⁹⁷. A sua volta, l'autorità procedente, prima della presentazione del piano o programma per l'approvazione, provvede alle opportune revisioni [...] tenendo conto delle risultanze del parere motivato⁷⁹⁸.

Quest'ultima disposizione confermerebbe l'orientamento secondo cui il parere che costituisce l'oggetto della valutazione ambientale strategica avrebbe efficacia vincolante nei confronti del piano o programma. Infatti,

⁷⁹⁴ Cons. St., Sez. IV, 3 gennaio 2019, n. 81; Tar Lombardia Milano, Sez. II, 3 gennaio 2019, n. 7. Cfr. per la dottrina R. Ferrara e M.A. Sandulli, *Trattato di diritto dell'ambiente*, 2014, op. cit., 178 ss.

⁷⁹⁵ Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n. 60 49, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 3388; Cons. St., sez. III, 26 agosto 2010, n. 3146, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010/1718.

⁷⁹⁶ Cfr. Corte giust. UE, sez. IV, 17 giugno 2010, n. C-110/09.

⁷⁹⁷ Sull'obbligo di concludere i provvedimenti VAS entro il termine fissato dalla legge, v. Tar Salerno, 6851/2009.

⁷⁹⁸ Art. 15 del Codice.

nel caso in cui il parere VAS sia negativo, il suo rilievo condizionante comporta un effetto preclusivo nei confronti della successiva approvazione del piano o programma, in quanto presupposto della prosecuzione del procedimento di pianificazione⁷⁹⁹.

Al contrario, l'orientamento minoritario, secondo cui la VAS rappresenterebbe un parere obbligatorio ma non vincolante, dal quale l'autorità competente potrebbe motivatamente discostarsi, non sembra condivisibile⁸⁰⁰.

A seguito del chiarimento della Corte di giustizia⁸⁰¹ che ha affermato la necessaria autonomia dell'amministrazione competente in materia ambientale rispetto all'autorità competente per l'approvazione dello strumento di pianificazione, sembra si possa affermare che la VAS sia, al pari della VIA, un parere emanato nell'ambito di un sub procedimento, autonomo rispetto al procedimento principale⁸⁰².

I provvedimenti amministrativi adottati in assenza della VAS prescritta dalla normativa statale o regionale sono annullabili per violazione di legge⁸⁰³ (art. 11, comma 5 del Codice). Si tratta della medesima sanzione posta a carico delle autorizzazioni o approvazioni alla realizzazione di un'opera senza che sia intervenuta la VIA positiva.

⁷⁹⁹ Corte Cost., 225/2009.

⁸⁰⁰ Tale interpretazione si porrebbe in contrasto con la norma art. 15 del Codice) che espressamente prescrive all'autorità procedente, prima di approvare il piano, di tener conto delle risultanze del parere motivato.

⁸⁰¹ V. sentenza della Corte giust. C-474/10.

⁸⁰² Per la giurisprudenza, v. Cons. St., n. 4327 del 13 settembre 2017; per la dottrina, cfr. R. Ferrara e M.A. Sandulli, Trattato di diritto dell'ambiente, 2014, op. cit., 182 ss.

⁸⁰³ Conseguenza pacifica, trattandosi di omissione di una fase endo-procedimentale obbligatoria, quale quella del parere in materia di valutazione strategica, che costituisce un presupposto giuridico e fattuale della pianificazione (è la nota figura del vizio del procedimento). Cfr. Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2018, n. 1838.

Conclusioni

L'azione pubblica è suscettibile di incidere su una pluralità di interessi meritevoli di tutela, interessi che fanno capo non solo ai diretti destinatari dell'azione amministrativa, ma anche a soggetti terzi, i quali sono coinvolti, sia pure indirettamente e a vario titolo, durante l'esercizio del potere amministrativo e nel cui ambito si distinguono le due principali categorie analizzate in precedenza: quella dei terzi titolari di diritti e quella dei terzi titolari di interessi di mero fatto.

In particolare, quest'ultima categoria di terzi è risultata, nel corso di questo lavoro, più debole rispetto alla prima, con riferimento alla tutela amministrativa. Infatti, i terzi rientranti nella prima categoria (c.d. terzi titolari di diritti) si trovano solitamente in una posizione "privilegiata", in virtù della quale l'amministrazione è spesso obbligata non solo a comunicare loro l'avviso di avvio del procedimento, ma anche a tenere comunque conto, in sede di adozione del provvedimento, dei loro diritti, anche nell'ipotesi di mancata partecipazione di tali soggetti al procedimento.

Al contrario, è stato più volte ribadito come i terzi titolari di interessi di mero fatto, che spesso rappresentano un altissimo numero di soggetti (si pensi a tutti coloro potenzialmente pregiudicati da procedimenti amministrativi ad alto impatto ambientale), pur avendo in astratto la possibilità di "entrare" nel procedimento amministrativo, in concreto siano spesso "messi da parte" dall'amministrazione, che, in virtù del principio di celerità ed economicità dell'azione amministrativa, non li coinvolge affatto, i quali finiscono così col ritrovarsi direttamente di fronte a provvedimenti per loro pregiudizievoli e contro cui altro non resta che tentare la via del ricorso davanti al giudice amministrativo.

In particolare, tale categoria di terzi è stata analizzata con riferimento all'esercizio del potere autorizzatorio di impianti potenzialmente pericolosi per la loro salute (si pensi, ad esempio, alla gestione di impianti di

smaltimento rifiuti o alle problematiche legate alla gestione dei ripetitori radio-telefonici, ossia di particolari tipi di impianti potenzialmente pericolosi per la salute a causa degli effetti ancora poco conosciuti delle onde elettromagnetiche che da essi promanano).

È stato precisato come nelle suddette fattispecie il rapporto pubblicistico sorga tra l'amministrazione, da una parte, e il soggetto che richiede l'autorizzazione a gestire l'impianto, dall'altra, in qualità di diretto destinatario dell'azione amministrativa; tutti gli altri soggetti, in qualche modo "toccati" dall'azione amministrativa, possano considerarsi terzi rispetto a tale rapporto e, precisamente, terzi titolari di interessi di mero fatto, considerato che lamentano la lesione di un diritto (alla salute) che è sì qualificato, ma spesso non differenziato, non individuando la legge i criteri per identificare, rispetto al *quisque de populo*, i precisi titolari degli interessi coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo.

La tesi qui sostenuta è che solo rendendo effettiva la partecipazione procedimentale potrà anche ai terzi essere garantita una tutela effettiva delle loro posizioni pregiudicate dall'esercizio del potere amministrativo. Solo un'effettiva partecipazione procedimentale potrà, infatti, correggere l'azione amministrativa ancora "in corso" e obbligare l'amministrazione a prendere in considerazione tutti gli interessi (anche di mero fatto) pregiudicati dall'esercizio del potere ancor prima dell'adozione del provvedimento finale.

Si è visto, infatti, che allorché l'azione amministrativa sia già stata conclusa senza la partecipazione di tutti i soggetti interessati e con un provvedimento svantaggioso per alcuni soggetti terzi, questi ultimi dovranno poi affrontare una strada non solo costosa in termini temporali e monetari, ma altresì incerta, visto che sarà alquanto difficile per questi ultimi riuscire a demolire l'operato dell'amministrazione, presentando ricorso davanti al giudice amministrativo.

In quest'ultimo caso, la possibilità di esperire, in qualità di ricorrenti principali, un ricorso amministrativo avverso un provvedimento avente

come destinatari altri soggetti è resa ancora più incerta dal fatto che non sempre i giudici riconoscono loro la legittimazione a ricorrere.

Vale la pena sottolineare come la maggior parte della giurisprudenza tenda ultimamente ad ammettere ugualmente la loro legittimazione a ricorrere, richiedendo che tali terzi si trovino in un rapporto di vicinanza con l'attività stessa: in assenza di qualificazione, la differenziazione (sulla base della *vicinitas*) è considerata sufficiente; tutto ciò pone, come si è visto, problemi di ragionevolezza, giacché produce una aprioristica disparità di trattamento: stabilire la portata lesiva di un'attività in relazione alla residenza rischia di tutelare soggetti non realmente in pericolo, ovvero di lasciare sforniti di tutela soggetti potenzialmente pregiudicati. Ecco perché la via più corretta per differenziare dovrebbe in tali casi essere quella di provare in concreto, davanti al giudice, il contatto con l'attività potenzialmente dannosa, contatto che non deve necessariamente essere stabile, potendo anche essere occasionale, l'importante è che i terzi dimostrino l'effettivo impatto sulla loro posizione, impatto che li legittima ad agire nei confronti dell'amministrazione per chiedere l'inibizione dell'attività illegittima.

Sarebbe altresì difficile che i terzi possano essere chiamati direttamente dallo stesso giudice, considerato che la notificazione continua a essere affidata in via principale alle indicazioni contenute nel provvedimento impugnato, secondo criteri quindi rigidamente formali. Da ciò deriva che la presenza nel processo non dipende dall'effettivo coinvolgimento in una vicenda giuridica, ma dalla completezza dell'istruttoria procedimentale; pertanto, pur di non rendere troppo gravoso il compito del ricorrente, prima, e del giudice, dopo, si finisce con l'ammettere un contraddittorio incompleto.

Si è visto, inoltre, che neanche il rimedio dell'opposizione di terzo riuscirebbe a soddisfare pienamente le esigenze dei terzi, rimasti estranei al giudizio, di poter rappresentare il proprio interesse almeno davanti al giudice.

Inizialmente, quest'ultimo rimedio processuale è stato introdotto dalla giurisprudenza proprio allo scopo di riconoscere ai terzi controinteressati rimasti estranei al giudizio di primo grado la legittimazione a proporre appello.

Tale rimedio è infatti largamente consentito dalla giurisprudenza, la quale estende la legittimazione alla sua proposizione a tutti i soggetti non intervenuti nel processo, quando tale assenza non sia dipesa da una loro decisione, ma sia stata la conseguenza di un'omissione comunque rilevante, sia essa dovuta alla controparte, come pure alla mancata attivazione dei poteri di integrazione del contraddittorio da parte del giudice o addirittura derivante dai vizi del procedimento amministrativo a monte. Ma per attivare suddetto rimedio oppositivo è stato più volte sottolineato nelle pagine precedenti il fatto che incombe comunque in capo ai terzi l'onere di allegare il pregiudizio che la sentenza resa *inter alios* reca ad una posizione giuridica (di diritto o di interesse legittimo) di cui gli opposenti risultino titolari. E in quella stessa sede è stato precisato che molto spesso i giudici non ritengono sufficiente il pregiudizio allegato, ritenendo invece che dalla sentenza opposta non derivi alcun pregiudizio agli interessi dei terzi.

Da quanto sopra emerge, pertanto, l'idea di dover correggere l'azione amministrativa non quando essa si sia ormai conclusa con un provvedimento sfavorevole nei confronti dei terzi, bensì allorché essa sia ancora *in fieri* e, pertanto, ancora suscettibile di essere "adattata" alle esigenze eventualmente rappresentate dai terzi.

Ma come rendere allora effettiva la partecipazione di questi ultimi già durante il procedimento?

Si è più volte sottolineato come, solitamente, i singoli procedimenti *ad hoc*, volti ad autorizzare la realizzazione e/o la gestione di impianti pericolosi o, più in generale, la realizzazione di opere di pubblica utilità, siano preceduti da procedimenti amministrativi generali, che si concludono con l'adozione di atti di pianificazione, coi quali l'amministrazione decide se, dove e come realizzare le varie opere, che possono essere volute e

sostenute da certi soggetti (che potrebbero ricavarne un certo vantaggio) e avversate da altri, i quali invece potrebbero lamentare, in via generale e a titolo esemplificativo, un netto peggioramento della loro qualità della vita a seguito della realizzazione di tali opere.

È chiaro che di terzi, sia pure titolari di interessi di mero fatto si possa correttamente parlare solo nell'ambito dei procedimenti amministrativi relativi alle singole opere o impianti da autorizzare e non già nell'ambito dei relativi procedimenti generali di pianificazione. Nell'ambito di questi ultimi, infatti, non si è ancora instaurato un preciso rapporto pubblicistico tra amministrazione e diretto destinatario, in quanto tali procedimenti sono volti all'adozione di atti generali, coi quali l'amministrazione intende compiere delle scelte con riferimento alla localizzazione di future opere pubbliche; pertanto, non sarebbe corretto parlare di terzi nell'ambito di tali procedimenti generali. Tale categoria potrebbe emergere solo nel corso dei successivi procedimenti, coi quali l'amministrazione autorizzerà precisi soggetti (i c.d. destinatari diretti) a gestire le opere pianificate a monte.

Tuttavia, il fatto di garantire l'effettiva partecipazione, già all'interno di tali procedimenti generali, di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti da quelle scelte localizzative (futuri destinatari diretti e futuri eventuali terzi controinteressati) comporterebbe degli indubbi benefici e vantaggi nell'ambito di tutti i futuri procedimenti *ad hoc* adottati a valle, in quanto essi saranno il frutto di scelte largamente condivise, per effetto dell'effettiva partecipazione garantita a monte tra tutte le parti interessate.

Nel corso di questo lavoro si è sempre più rafforzata l'idea che il problema dei terzi titolari di interessi di mero fatto possa essere risolto non tanto a valle dei singoli procedimenti amministrativi (ad esempio, quelli con cui vengono autorizzati o meno determinati soggetti istanti a gestire impianti potenzialmente pericolosi per la salute), quanto a monte, da parte delle amministrazioni, cui viene imposto dal legislatore di coinvolgere, nell'ambito dei relativi procedimenti di pianificazione di quegli stessi impianti, tutti i soggetti potenzialmente interessati, affinché tutti, soggetti terzi compresi, possano essere tempestivamente informati sulla volontà di

realizzare una determinata opera che possa avere un certo impatto sul territorio, su come realizzarla e dove localizzarla e affinché tutti possano essere davvero messi nella condizione di partecipare attivamente tramite proposte, suggerimenti e osservazioni, di cui l'amministrazione stessa debba tenere conto nella successiva fase decisoria.

Si rammenti che la stessa Convenzione di Aarhus, nel regolare la partecipazione del pubblico al *decision-making* ambientale, precisa che qualsiasi persona, fisica o giuridica, nonché qualsiasi associazione o organizzazione ha il diritto di partecipare alle decisioni relative all'autorizzazione di attività che possono avere un impatto sull'ambiente e all'elaborazione di piani, programmi e strumenti normativi in materia ambientale. La stessa Convenzione chiarisce poi che la partecipazione del pubblico deve avvenire nelle fasi iniziali del processo decisionale e deve prevedere tempi di svolgimento ragionevoli. Il pubblico deve essere messo in grado di ottenere tutte le informazioni necessarie a garantire un processo di partecipazione consapevole e la decisione finale deve tenere nella dovuta considerazione i risultati della partecipazione. In particolare, l'amministrazione è tenuta ad avviare procedure di consultazione "*when all options are open and effective public participation can take place*" e, cioè, quando sarebbe ancora possibile incidere sostanzialmente sulla decisione dell'autorità amministrativa.

A livello regionale, le varie Carte della partecipazione, recentemente previste e disciplinate dalle varie leggi regionali, prevedono che la partecipazione in tema di pianificazione territoriale, per potersi davvero compiere, necessiterebbe di luoghi di incontro fisici e virtuali e, a tale scopo, impongono alle amministrazioni di favorire l'utilizzo di spazi pubblici (scuole, biblioteche, centri per gli anziani), luoghi privati (locali ricreativi, portinerie) e spazi dismessi, di semplificare l'iter per il loro utilizzo, nonché di creare spazi *on line* di facile e di immediato accesso che facilitino la stessa informazione sugli argomenti di pubblico interesse.

Si pensi, altresì, all'obbligo in capo agli enti locali, previsto da parte di numerosi regolamenti comunali, di pubblicare l'avviso di avvio del procedimento su almeno un quotidiano o periodico a diffusione locale e sui normali canali di comunicazione con la cittadinanza, stabilendo il termine entro il quale chiunque abbia interesse può presentare suggerimenti e proposte.

A tal proposito, sembra doveroso segnalare l'opportunità di ulteriori interventi legislativi volti a rendere ancora più concreta e trasparente la volontà dell'amministrazione di informare e rendere partecipi tutti i soggetti interessati a far sentire la propria voce nel corso dei procedimenti amministrativi di pianificazione.

Tali riforme legislative dovrebbero in particolare prevedere l'obbligo in capo all'amministrazione, pena l'illegittimità dell'intero procedimento di pianificazione, di utilizzare ad esempio, come ulteriore canale di comunicazione, i propri spazi pubblicitari, al fine di rendere visibili, anche a grande distanza sul proprio territorio, i progetti di opere che potrebbero impattare sulla salute pubblica o sull'ambiente.

Quest'ultimo strumento di comunicazione sarebbe, in aggiunta a quelli già previsti da apposite norme di legge e di regolamento, molto efficace e renderebbe consapevoli davvero tutti, perfino coloro (ad esempio i più anziani) che non saprebbero utilizzare i canali web, nonché, più in generale, tutti coloro che non avrebbero il tempo di sfogliare i quotidiani locali né di navigare sui siti delle stesse amministrazioni.

Bibliografia

ALBANESE A., *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2016, n. 3, 697 ss.;

ALESSI R., *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1943, 133 ss.;

ALGOSTINO A., *Democrazia, rappresentanza, partecipazione*, Napoli, 2011, 196 ss.;

ALLEGRETTI U. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010;

ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 215;

ALLEGRETTI U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, 33 ss.;

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, 274 ss.;

ALLEGRETTI U., *Procedimento amministrativo*, in P. Grossi (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, 1997, 270 ss.;

ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1992, 42;

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, 1967, 149 ss.;

AMIRANTE D., *Il principio precauzionale tra scienza e diritto*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 16 ss.;

AMOROSINO S., *Profili pubblici essenziali in tema di valutazione ambientale strategica*, in *Amb.*, 2009, 2, 247 ss.;

ANDREANI A., *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella legge n. 241/1990. A quarant'anni dalla promulgazione di Feliciano Benvenuti*, Aa. Vv., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, 97 ss.;

ANDREANI A., *Individuazione dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1973, 746;

ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 33 ss.;

ANTONIOLI M., *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2007, 51 ss.;

ARENA G., *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, 280 ss.

AVERARDI A., *Le decisioni amministrative tra dissenso e partecipazione*, 2017, 6 ss.;

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 325 ss.;

BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in Enc. Giur., XI, Roma, 1989;

BALDASSARRE A., *Diritti pubblici soggettivi*, in Enc. Giur., XI, Roma, 1989;

BARBIERI E.M., *Ricorsi reciprocamente escludenti ed ordine di esame delle questioni proposte*, in Dir. proc. amm., 2012, 753;

BARONE A., *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, 26 ss.;

BARTOLI M T., *Alcuni dilemmi delle pratiche inclusive*, in Rivista italiana di politiche pubbliche, 3,2007, 103 ss.;

BARTOLINI A., *Contraddittorio e intervento*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della Giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 360 ss.;

BATTINI S., *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Bari, 2016;

Beck U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Bari, 2013;

BELLAVISTA M., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012, 29 ss.;

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. dir. pubbl., 1952, 121;

BENVENUTI F., *Limiti pubblicistici ai finanziamenti di micro credito*, in Riv. soc., 1960, 817;

BENVENUTI, F., *Giudicato (dir. amm.)*, in Enc. dir., XVIII, Milano, 1969;

BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 235;

BERTEZZOLO G., *L'essere direttamente e individualmente riguardato quale requisito di legittimità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado*, in Riv. it. Dir. pubbl. com., 2004, 386 ss.;

BEVILACQUA G., *Partecipazione ai processi decisionali e accesso alla giustizia delle associazioni ambientali a tutela degli habitat naturali di importanza europea*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2017, 498 ss.;

BEYER H.M., *Das Vorsorgeprinzip in der Umweltpolitik*, Ludwigsburg-Berli, 1992, 29;

BIANCHI A. -M. Gestri (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006;

BIFULCO R. -A. D'Aiola (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008;

BIGLIAZZI Geri, *Buona fede nel diritto civile*, voce del Dig. disc. priv., sez. civ., vol. III, 156;

BILANZONE G., *Valutazione ambientale strategica*, in Milone-Bilanzzone, *Valutazione di impatto ambientale. Disciplina attuale e prospettive*. Piacenza, 2003, 325 ss.;

BLATRIX C., L. Blondiaux e M. Revel (a cura di), *Le débat public: une expérience française de démocratie participative* Paris, 2007;

BOBBIO L., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, 2006, 11 ss.;

BOCCIA M.G., *Piani e programmi soggetti alla valutazione ambientale strategica, profili di diritto comunitario*, in AA.VV., *il terzo decreto correttivo al TUA, seconda parte (inserto)*, in *Amb.*, 2010, 12, 3 ss.;

BOMBARDELLI M., *Decisioni amministrative e pubblica amministrazione. La predeterminazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino 1996;

BOMBARDELLI M., *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, G. Arena, F. Cortese (a cura di), Padova, 2011, 37 ss.;

BROYELLE C., *Contentieux administratif*, Paris, 2013, 352 ss.;

BRUNO F., *Il principio di precauzione tra diritto dell'Unione europea e WTO*, *Dir. giur. Agr.*, 2000, 569 ss.;

BUCELLO S., *L'accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 2014, 1, 22 ss.;

BUTTI L., *Principio di precauzione*, *Codice dell'Ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 6, 809 ss.;

- BUTTY L., *The precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007, 99 ss.;
- CAFAGNO M., *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. Renna (a cura di), Milano, 2012, 493 ss.;
- CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 261;
- CAFFÈ F., *Lezioni di politica economica*, Torino, 1980, p. 40 ss.;
- CAGNOLI P., *Valutazione ambientale strategica. Fondamenti teorici e tecniche operative*, Palermo, 2010, 64 ss.;
- CAIANELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 577;
- CANGELLI F., *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 306;
- CANNADA BARTOLI E., *Il tema di controinteressato pretermesso*, in *Giur. it.*, 1990, III, 185 ss.;
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 6 ss.;
- CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1964, 141ss.;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *La fase istruttoria nei procedimenti amministrativi di tutela preventiva dell'ambiente*, in *Diritto interno, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*, V. Parisio (a cura di), Milano, 2009, 49 ss.;
- CAPUZZIMATI G., *Nuovi strumenti di pianificazione urbanistica comunale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2009, III, 6 ss.;
- CARANTA R. – L. Ferraris – S. Rodriquez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 112 ss.;
- CARANTA-FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000, 78 ss.;
- CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale: Ordinamento nazionale e diritto europeo*, Torino, 2016, 29 ss.;
- CARBONE A., *L'opposizione di terzo ex art. 108, comma 1, c.p.a.*, in *Foro amm./Tar*, 2012, 2964;

CARBONE A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze nel processo amministrativo sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423 ss.;

CARFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 262 ss.;

CARINGELLA F., *Il procedimento amministrativo: commento organico alla legge n. 241/1990*, Napoli, 2002;

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo. Il procedimento amministrativo*, 2001, 30 ss.;

CARLOTTI G., *Il nuovo procedimento amministrativo*, Padova, 2005;

CARLOTTI G., *Il nuovo procedimento amministrativo*, Padova, 2005;

CARPENTIERI P., *Autorità e consenso nell'azione amministrativa*, in www.giustamm.it;

CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, 33 ss.;

CARTEI G.F., *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale, II*, Milano, 2000, 2118 ss.;

CASSETTA E., *L'interesse legittimo: una situazione a "progressivo rafforzamento"*, in *Dir. econ.*, 2008, 8;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 332 ss.;

CASSETTA E., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 8 ss.;

CASINI L., *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2007, 42 ss.;

CASSESE F., *La partecipazione procedimentale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 492 ss.;

CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?* In *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 45 ss.;

CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 292 ss.;

CASSESE S., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello neoclassico*, in L. Torchia (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati, Atti del Convegno di Roma, 21 aprile 1993*, Padova 1993;

CASSESE S., *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 24 ss.

CASSESE S., *La nuova disciplina sulla protezione dalla esposizione a campi elettromagnetici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 3 ss.;

CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, I, 14 ss.;

CASSESE S., *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, II, Padova, 1997, 77 ss.;

CASSESE S., *Richard B. Steward e la scienza americana del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 610 ss.;

CASSESE S., *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, VII, 106;

CASTORINA E., *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 1994, 40 ss.;

CATALANO R., *Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona. Elettrodi ed antenne per telecomunicazioni*, Napoli, 2015;

CATALDI G., *Alcuni aspetti della politica ambientale comunitaria*, in AA.VV., *Il processo di integrazione europea alla luce del trattato di Maastricht*, Firenze, 1994, 39 ss.;

CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per i fattori esterni alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 778 ss.;

CECHELLA C., *L'opposizione del terzo nella giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1995, I, 503 ss.;

CECERE A.M., *Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione*, 2012, ed. scientifica, 23 ss.;

CERULLI IRELLI V., *F. Luciani, Opposizione di terzo*, in A. Quaranta, V. Lopilato, a cura di, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 836 ss.;

CERULLI IRELLI V., *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss.;

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, 2016, 266 ss.;

CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990*, in *Giustamm.it.*, 2005, 2;

CERUTO M., *L'Accesso alla giustizia amministrativa in materia ambientale in una recente sentenza della Corte di Giustizia e la lunga strada per il recepimento della Convenzione di Aarhus da parte dell'Italia*, in Riv. giur. amb., 2010, 114;

CHASE W. C., *The American Law school and the Rise of Administrative Government* (Medison, University of Wisconsin Press, 1982;

CHITI M.P. (a cura di), *cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990, 167 ss.;

CHITI M.P., *L'introduzione nel giudizio*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, 145 ss.;

CHITI M.P., *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2002, I;

CHITI M.P., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna 2003, 65 ss.;

CIOFFI A., *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005;

CIVITARESE Matteucci S., E. Ferrari (a cura di), *Il governo del territorio*, Milano, 2003, 460 ss.;

CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006, 475;

CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in Dir. amm., 2004, 59;

CLARICH M., *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis della legge n. 287 del 1990*, in Concorrenza e mercato, 2013, 865 ss.;

CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele* in www.giustizia-amministrativa.it;

COCCO G. (a cura di), *Inquinamento da campi elettromagnetici e normativa di tutela*, Torino, 2001;

COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, 211 ss.;

COGNETTI S., *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in Riv. dir. pubbl., 1990, 124;

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011;

COGNETTI S., *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 44 ss.;

COLOMBARI S., *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 2011, 419 ss.;

COLONNA V., *Nuovo modello di pianificazione e perequazione urbanistica nella legislazione regionale dell'ultimo decennio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2007, II, 63 ss.;

COMANDÈ G. (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, 35 ss.;

COMOGLIO L.P., *Commento all'art. 24 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Articoli 24-26*, Bologna-Rimini, 1981, 4 ss.;

COMOGLIO L.P., *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 7;

COMPORI G.D., *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996;

CORLETTI D., *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 929;

CORLETTI D., *Opposizione di terzo e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1995, 3772 ss.;

CORLETTI D., *Opposizione nel diritto processuale amministrativo*, in *Dig. pubb.*, XIV, Torino, 1999, 560;

CORPACI A., *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *AA. VV.*, *Le riforme crispine, II (Giustizia amministrativa)*, Milano, 1990, 77 ss.;

CORPACI A., *Note sulla dottrina amministrativa italiana e la giustizia amministrativa tra fascismo e Repubblica*, in *Quad. fior.*, 1999, 986 ss.;

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 168;

CORTESE F., *Il coordinamento amministrativo*, Milano, 2012;

CORTESE F., *La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale*, 2010, 500 ss.;

COSSU L., *Litisconsorzio (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1988, 2;

COSTA P., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria critica*, 2003, 119 ss.;

COSTA S., *L'intervento in causa*, Torino, 1953, 72 ss.;

COSTANTINO G., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, 2;

CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.;

CRISCUOLO F., *Art. 24*, in P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 130 ss.;

CROSETTI A., F. Fracchia, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 127 ss.;

CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, 2012, 252 ss.

CUDIA C., *L'efficacia "dimensionale" dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 716 ss.;

D'ALBERTI M., *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione a procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 2 ss.;

D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 11 ss.;

D'ORSOGNA D., *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002;

D'ORSOGNA M., *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 380 ss.;

DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, 2010, 378 ss.;

DE BENEDETTO M., *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008, 53 ss.;

DE BENEDETTO M., *Istruttoria*, in *Treccani on line*, 2011.

DE BENEDETTO M., *Partecipazione [dir. amm.]*, in *Treccani, Diritto on line*, 2015;

DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, 75 ss.;

DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 417;

DE LUCIA L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 3;

DE LUCIA L., ROMANO M.C., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, 2016, 109 ss.;

DE NOZZA G. – G. Nardone, *Profili giurisprudenziali della tutela dall'inquinamento elettromagnetico*, in *Rass. giur. enel*, 2000, 31 ss.;

DE PRETIS D., *Gli altri rimedi*, in Sandulli, A., *Diritto proc. amm.*, Milano, 2013, 281 ss.;

DE PRETIS D., *Semplificazione, urbanistica ed edilizia*, in Riv. giur. urb., 2007, III, 316 ss.;

DE ROBERTO A., *La giustizia amministrativa in Italia dalla unificazione ai nostri giorni*, in AA.VV., *L'unificazione istituzionale e amministrativa dell'Italia*, Atti del Convegno del 150° dell'Unità d'Italia, , Bologna, 2010, 147 ss.;

DEBENEDETTO M., *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008;

DEBENEDETTO M., *Istruttoria*, in Treccani *on line*, 2011

DEBENEDETTO M., *Partecipazione* [dir. amm.], in Treccani, *Diritto on line*, 2015;

DELLA CANANEA G., *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 81;

DELLA VALLE E., *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001, 23 ss.;

DEMARCHI F., *Potere e Autorità*, in Riv. Humanitas, 1960;

DI COSIMO G., *Corte Costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in forum costituzionale. it, 2015, III;

DI MAJO A., Francario L., *Proprietà edilizia*, in Enc. Dir., XXXVII, Milano, 1988, 351;

DI MODUGNO N., *Le lezioni di diritto amministrativo di Giuseppe Chiovenda e l'interesse legittimo come pura azione*, in Dir. proc. amm., 1991, 658 ss.;

DI PRETE M., *La valutazione ambientale di progetti civili. Una V.I.A. a più dimensioni*, 106 ss.;

DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in Dir. pubb., 2008, 10 ss.;

DOMINICHELLI V., *Per un processo amministrativo paritario*, in Dir. proc. amm., 1996, 415;

DORIO F., Vas, *La valutazione ambientale strategica degli strumenti di pianificazione e i programmazione*, Padova, 2013, 81 ss.;

DOYLE A., T. Carney, *Precaution e Prevention: giving effect to Article 130R without Direct Effect*, in E.E.L.R., 1999, 44 ss.;

DUGATO M., *Gli strumenti territoriali come strumenti di programmazione economica*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, pp. 267 ss.;

DURET P., *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, 210 ss.;

ESTERBROOK F.H., *Substance and Due process*, in *Supreme Cort Law Review*, 1982, 95 ss.;

FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 299;

FANETTI F.R., *L'azione collettiva contro la pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 59;

FANTIGROSSI U., *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità*, LIucPapers n. 220, settembre 2008, in www.biblio.liuc.it;

FANTINI S., *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in B. Cavallo (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, 85;

FASOLI E., *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 331;

FEDI A., T. Mannarini, *Oltre il Nimby, la dimensione psico-sociale della protesta contro le opere sgradite*, Milano, 2016;

FEOLAM., *Ambiente e democrazia, il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, 2014, 23 ss.

FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 626;

FERRARA L., *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 924 ss.;

FERRARA R. e M.A. Sandulli, *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente (a cura di S. Grazzi e M.A. Sandulli), Milano, 2012, 170 ss.

FERRARA R., *Emergenze e protezione dell'ambiente nella "società del rischio"*, *Foro amm. – Tar*, 20015, 3356 ss.;

FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in Riv. Trim. dir. proc. amm., 2003, -I, 1037 ss.;

FERRARA R., *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in Dig. disc. pubb., 1993, 468;

FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 192;

FERRARA R., *L'interesse pubblico la buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in Dir. proc. amm., 2010, 31 ss.;

FERRARI BRAVO L., *Carta dei diritti fondamentali UE*, Milano, 2001, 127 ss.;

FERRARI G.F., *Il procedimento amministrativo nell'esperienza anglo-americana*, in Dir. Proc. amm., 1993, 420 ss.;

FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1997, 233 ss.;

FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, 184 ss.;

FILIPPUCCI L., *La valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente*, 2004, 344;

FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Tomo I, Milano, 2001, 59;

FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2018;

FLORIDA A., *Democrazia deliberativa e processi decisionali: la legge della Regione Toscana sulla partecipazione*, in Stato e Mercato, 2008, 83 ss.;

FOGLIETTI F., *La tutela degli interessi collettivi e la class action pubblica*, Consiglio dell'Ordine degli avvocati, 2016, Volume X di Quaderni/ Scuola di formazione forense, 43 ss.;

FRACCHIA F., *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in Dir. amm., 1996, 18 ss.;

FRAGOLA G., *Le leggi urbanistiche ed edilizie*, Padova, 1969, 226 ss.;

FRANCHINI F., *Lineamenti di diritto amministrativo tedesco in regime nazionalsocialista*, Modena, 1942, 9;

FRANCO I., *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della p.a. nell'ordinamento amministrativo innovato dalla legge n. 241/1990 e dalle leggi di riforma successive*, Padova, 2001, 170 ss.;

- FRANKFURTER F., *The task of Administrative Law*, 1927, 316 ss.;
- FREDIANI E., *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1003 ss.;
- FREGNANI A., *Inibitoria (azione)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971;
- FRIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Perugia, 1986, 250 ss.;
- GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2003, 130 ss.;
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 395;
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988, 11 ss.;
- GALETTA D.U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 42 ss.;
- GALLO C.E., *La partecipazione al procedimento*, in *Aa. Vv. Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 63 ss.;
- GARABELLO R., *Le novità del Trattato di Amsterdam in materia di politica ambientale comunitaria*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, 151 ss.;
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, 2014, 646 ss.;
- GATTAMELATA S., Nardelli C., *Il piano regolatore generale di Roma nuovamente al vaglio del Giudice Amministrativo: quale sorte per i meccanismi di perequazione?*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2010 fasc. 1-2, pp. 76ss.;
- GAUDEMET Y., *La codification de la procedure administrative non contentieuse*, Paris, 1968;
- GEBERS B., *Proposte avanzate dalla Commissione europea per l'applicazione della Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, 182 ss.
- GERBER C.F., *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto Pubblico*, trad. it. P.L. Lucchini (a cura di), Milano, 1971, 95;
- GIANFEROTTI G., *Lo Stato nazionale e la nuova scienza del diritto pubblico*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., 317;
- GIANNINI M. S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.;

GIANNINI M.S. – A. Piras, voce “Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, in Enc. Dir., XIX, Milano, 1970, 229 ss.;

GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in Foro it., 1952, 169 ss.;

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 26;

Giannini M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 265;

GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, 23 ss.;

GIOVAGNOLI e FRATINI, *Le nuove regole dell’azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, 2007, Milano, tomo II, 133 ss.;

GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, 2017, 1028 ss.;

GLEIJESESA., *Profili sostanziali del processo amministrativo*. 1962, 10 ss.;

GOGGIAMANI F., *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005;

GOHIN O., *Contentieux administratif*, Paris, 2014, 471 ss.;

GOISIS F., *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla convenzione di Aarhus e dall’ordinamento dell’Unione europea*, in dir. proc. amm., 2012, 101;

GOZZI G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, 1999, 98 ss.;

GRAGNANI A., *Il principio di precauzione come modello di tutela dell’ambiente, dell’uomo, delle generazioni future*, “Riv. dir. civ.” 2003, II, 9 ss.;

GRASSI S. – A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 149 ss.;

GRASSI S., *Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo*, “Diritto e gestione dell’ambiente”, 2001, 37 ss.;

GRASSI S., *Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, Milano, 2012, 102;

GRASSO G., *Sul rilievo del principio di legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica amministrazione*, 78 ss.;

GRECO G., *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Padova, 1980;

GRECO G., *La Scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 356 ss.;

GRECO G., *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977, 72 ss.;

GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Bari, 2016, 173;

GROSSI P., *Le molte vite del giacobinismo giuridico*, in *Jus*, 2003, 405 ss.;

GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 12;

GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1949, 235;

GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 56 ss.;

HARRISON J., *Legislazione ambientale europea e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, 22 ss.

HOFFMAN RIEM W., *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 23 ss.;

IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999;

ITALIA V., *Commento al comma 1 bis*, in *L'azione amministrativa*, a cura di V. Italia, Milano, 2005, 76 ss.;

ITALO Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato. L'attività della PA nell'Ordinamento amministrativo innovato dalla L. n. 241/1990*, 2001, 3 ss.;

JEHERING R., *Lo scopo nel diritto (1877)*, in M.G. Losano (a cura di), 2014, 269; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., 59;

JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, 78;

JONAS H., *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009, 67 ss.;

KAHL M., *Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der UE*, in *Verwaltungs.Archiv*, 2004, 1 ss.;

LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013, 255 ss.;

LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, 22 ss.;

LANCHESTER F., *Weimar e il problema politico, costituzionale italiano*, 2012, 26 ss.;

LAZZARA P., *L'azione amministrativa e il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 396 ss.;

LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 142.

LIGUORI F., *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1-bis*, in (a cura di) F. LIGUORI, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007;

LIGUORI F., *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività*, in www.giustamm.it.

LOMBARDI P., *Piano Regionale di tutela delle acque e infrastrutture necessarie sotto la lente della precauzione (nota a Cons. Stato, sez. V, sent. 27 dicembre 2013, n. 6250)* in *Riv. giur. edil.*, 2014, n. 1, I, 111 ss.;

LOMBARDI R., *Le azioni collettive*, in F.G. Scoca, (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017,

LUCARELLI A., *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Pol. dir.*, 2003, 129 ss.;

LUGO A., *I problemi del processo amministrativo. Visti dal giudice*, in *Atti del IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione – Varenna 1963*, Milano, 1964, 94;

LUPTON D., *Il rischio: percezione, simboli, culture*, Bologna 2003;

MACCORMICK N., *Rights in legislation*, in P.M.S. Hacker, J. Raz, *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L. Hart*, Oxford, 1977, 189 ss.;

MACDONALD R.A., *Judicial Review and procedural fairness in Administrative Law*, in *MacJill Law Journal*, 1980, 510 ss.;

MAGNAGHI A., *Cittadinanza attiva e riconoscimento dei paesaggi in Urbanistica Informazioni*, 2007, n. 215 ss.;

MALINCONICO C., *Il principio di proporzionalità*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47esimo Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002;

MANFREDI G., *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1101;

MANNUCCI G., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, 2016;

MANZELLA G.P., *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 270;

MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo, tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. Amm.*, 2014, 73 ss.;

MARCHETTI B., *IL principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 148 ss.;

MARIUZZO F., *Commento all'art. 7 l. n. 241/90 in Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, (a cura di) Italia-Bassani, Milano, 1991, 133 ss.;

MAROCCO T., *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità Europea*, *Riv. it. Dir. pubb. comun.*, 2003, 1233 ss.;

MARRA A., *L'interesse dei terzi nelle convenzioni di lottizzazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 738;

MARUOTTI L., *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati all'impugnazione*, in *Dir. proc. Amm.*, 1992, 222 ss.;

MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1995, 106 ss.;

MASHAW J. L., "Administration and Bureaucracy: Administrative Law from Jackson to Lincoln", *Yale Law Journal* 117 (2008): 1568;

MASHAW J., *Due process in the Administrative State*, New Haven, 1985, 10 ss.;

MASSERA A., *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, 29 ss.;

MASSETTO G.P., *Buona fede nel diritto medioevale e moderno*, voce del Dig. Disc. Priv., II, Torino 1993, 193 ss.;

MASTROPASQUA F.P., *Il concetto di terzo in diritto amministrativo*, in Rivista dir. pubbl., 1940, 400.

MATTARELLA B., *I ricorsi dell'Autorità Antitrust al giudice amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2016, 291 ss.;

MATTARELLA B., *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in Giorn. dir. amm., 2004, 979 ss.;

MATTARELLA B., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 211 ss.;

MATTARELLA B.G., *La Scia, ovvero l'ostinazione del legislatore pigro*, in Giorn. Dir. amm., 2010, 1328 ss.;

MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munchen, 2000, 131 ss.;

MAURER Libori B., *Il diritto all'informazione ambientale in Europa*, in Dir. gest. ambiente, 2001, 210 ss.;

MAZZA L., *I linguaggi della pianificazione*, in Urbanistica, 2010, 1994;

MAZZAROLLI L., *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Dir. amm., 2001, II, 471.

MAZZOLA M.A., E. Taioli, *Inquinamento elettromagnetico*, Milano, 2001;

MENGOLI G. C., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, 660 ss.;

MERLONI F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2016, 253 ss.;

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, 2001, 41 ss.;

MERUSI F., *Dal 1866 ...e ritorno... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in dir. proc. amm., 2016, 685;

MERUSI F., *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog*, in Foro amm., 2001, 222 ss.;

MERUSI F., *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., Milano, 1985, n. 1, 5 ss.;

MERUSI F., *Le avventure del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo*, in F. MERUSI F., A. FIORITTO, G. CIAGLIA, V. GIOMI, A. BERTANI, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2009, 32 ss.;

MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, La giustizia amministrativa, IV, 1891, 15 s.;

MIELE G., *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in Foro it., 1933, III, c. 377, n. 6;

MIGLIORINI L., *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996, 13 ss.;

MIGLIORINI L., *La funzione amministrativa ed il procedimento amministrativo*, in Studi in onore di Feliciano Benvenuti, III, Modena, 1996, p. 1181;

MIGLIORINI L., *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. Cavallo (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1993, 82 ss.;

MIRATE S., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, 2017, 198 ss.;

MONACO G., *Dal Consiglio di Stato quasi un decalogo sull'applicazione del principio di precauzione*. Nota a Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250, in Urbanistica e appalti, 2014, 5, 551 ss.;

MONTEFUSCO R., *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo*, in Dir. proc. amm., 1985, 428;

MONTINI M., *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2001, 39 ss.;

MORBIDELLI G., *Il principio del procedimento in "La disciplina generale dell'azione amministrativa"*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006;

MORBIDELLI G., *Partecipazione e accesso al procedimento amministrativo*, in Dir. Amm., (a cura di) Mazzarolli - Pericu-Romano - Roversi Monaco - Scoca, Bologna, 2005, IV ed., I, 528 ss.;

NANIA R., *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Saggi e casi di studio, Torino, 2010, 112 ss.;

NASCIMBENE B., *I condizionamenti di diritto comunitario della legislazione in materia di ambiente*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1995, 311 ss.;

NICOTRA F., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europea*, 14 giugno 2017;

NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, 1976, 82 SS.;

NIGRO M., *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 13;

NIGRO M., *L'intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1963, 372 ss.;

NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953;

NIGRO M., *Lezioni di diritto processuale amministrativo*, I, Firenze, 1972, 163 ss.;

NIGRO M., *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 481;

NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. Dir. proc.*, 1980, 255 ss.;

NIGRO M., *Processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991;

OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 390 ss.;

OLIVIERI G., *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. Oggetto ed effetti*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 22 ss.;

ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, 1984, 100.

ORLANDO V.E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio (1885-1925)*, Modena, 1925, 11;

OTTAVIANO V., *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, 362 ss.;

OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1964, 912;

PAGNI I., *Tutela dell'ambiente in forma individuale e in forma collettiva*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, PERFETTI U., *Rischio di impresa e*

tutela dell'ambiente. Precauzione-responsabilità-assicurazione, Napoli, 2012, 246 ss.;

PAGNI I., Tutela dell'ambiente in forma individuale e in forma collettiva, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 140 ss.;

PAJNO A., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 118 ss.;

PAOLANTONIO N., *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 20;

PAOLANTONIO N., *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413 ss.;

PARISI N., *Funzione e ruolo della carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. Eur.*, n. 3/2009;

PARISIO V., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove aut.*, 2006, 725 ss.;

PASTORI G. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, 550 ss.;

PASTORI G., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e Soc.*, 1996, II, 480 ss.;

PAVONI F., *Sui possibili nuovi contenuti dell'azione popolare "locale"*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 432 ss.;

PELOSI E., A. Versolato, *La partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 1000 ss.;

PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 326 ss.;

PERICU G., *I procedimenti di massa*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del convegno Messina-TAORMINA, 25-26 febbraio 1988*, Milano, 1990, 100 ss.;

PETERS A., *Nebenpflichten im Verwaltungsrechtsverhältnis?*, in *Die Verwaltung*, 2002, 177 ss.;

PIERANDREI F., *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940, 13 ss.;

PIOGGIA A., *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?* In *Dir. Pubbl.*, 2012, 49;

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I, *Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, vol. II, *L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962, 29 ss.;

PIZZANELLI G., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2016, 200 ss.;

POLICE A., *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo: la Corte costituzionale anticipa il legislatore*, in *Giur. it.*, 1995, I, 511 ss.;

POLICE A., Art. 24, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 501 ss.;

POLICE A., *Contributo allo studio delle dichiarazioni di inizio attività e della loro natura giuridica*, in *Nuove auto*, 2008, 16 ss.;

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Milano, 2003, 30;

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza dell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997;

POLICE A., *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. La Corte Costituzionale anticipa il legislatore*, in *Giur. it.*, 1995, 518 ss.;

POLICE A., *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 192;

PROIETTI R., *La partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Codice dell'Azione amministrativa*, M.A. Sandulli (a cura di), 60 ss.;

PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 163 ss.;

PUBUSA A., *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, 246 ss.;

PUGLIESE F., *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989;

R.B. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, 201 ss.;

RALLO A., *Funzione di tutela ambientale e procedimento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000;

RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100 ss.;

RAMAJOLI M., *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, 2002, 122 ss.;

RAMAJOLI M., *Legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1006;

RAMAJOLI M., *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in *La Giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, 147 ss.;

RANELLETTI O., *Il problema della giustizia nella pubblica amministrazione e i diritti soggettivi*, in *Riv. amm.* 1948, 197 ss.;

RANELLETTI O., *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 465;

RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo, I. Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, 430 ss.;

RANELLETTI O., A. AMORTH, *Procedimento amministrativo*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 528 ss.;

RENNA M., *Ambiente e territorio, nell'ordinamento europeo*, *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2009, 688;

RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 566 ss.;

RESCIGNO G.U., *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 119 ss.;

ROCCATO M., Mannarini T., *Non nel mio giardino. Prendere sul serio i movimenti Nimby*, Bologna, 2012, 32;

ROLANDO E., *Inquinamento derivante da onde elettromagnetiche. Disciplina normativa, profili di riparto di competenze e principio di precauzione*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 178 ss.;

ROMANO A. - Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 289;

ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, con la collaborazione di A. Cioffi, F. Costantino, M.G. Della Scala, P. Lazzara, M.L. Maddalena, M.C. Romano, E. Scotti, 56 ss.;

ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1966, 3 ss.;

ROMANO A., *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, 1242;

ROMANO A., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 515 ss.;

ROMANO M.C., *L'intervento nel procedimento. La legittimazione procedimentale dei portatori di interessi diffusi*, Torino, 2016;

ROMANO M.C., *Partecipazione al procedimento amministrativo, Art. 7 – Comunicazione di avvio del procedimento*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino, 2016, 250 ss.;

ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, 111 ss.;

ROMANO S., *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946;

ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei procedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 284;

ROSSI E., *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, Torino, 2006, 43;

RUGGE F., *Il problema dell'amministrazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, 2012, 328 ss.;

RUINA S., *La disciplina comunitaria dei diritti di partecipazione ai procedimenti ambientali*, in *Quad. riv. giur. amb.*, n. 22, Milano, 2009, 77 ss.;

S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 316 ss.;

SAITTA F., *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale. Da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, II, 25 ss.;

SALA G., *Parti e interessi tra procedimento e processo: la formazione della materia del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 62 ss.;

SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'Ordinamento*, Milano, 1993, 34 ss.;

SALVIA F., *Le parti*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, 100 ss.;

SALVIA F., *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2018, 64 ss.;

SAMBATARO S., *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977;

SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia*, Milano, 2009, 67;

SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, 1366 ss.;

SANDULLI A., *La giustizia*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 585 ss.;

SANDULLI A., *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 364;

SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sott'ordinati*, Napoli, 1963, 39 ss.; G. Rescigno, *La tutela dei diritti e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in Dir. Pubbl., 2006, 111 ss.;

SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 933 ss.;

SANDULLI A.M., *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, in Riv. Giur. ed. 1968, II, 7ss.;

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1216;

Sandulli A.M., *Note sul potere amministrativo di coazione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1964;

SANDULLI M.A., *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000;

SANDULLI M.A., *Proporzionalità*, in Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, Vol. V, p. 4643;

SANDULLI M.A., *Riforma della legge n. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in Foro amm. Tar., Suppl. al n. 6/05, 2005, 1;

SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in Dir. amm., 2010, 299;

SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 164 ss.;

SATTA F., *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 90 ss.

SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, pp. 118 ss.;

SATTA S., *Variazioni sulla legittimazione ad causam*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1967, 638;

SAVONA P., *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2010, fasc. 2, 355 ss.;

SCARCIGLIAR., *La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa*, in *"La disciplina generale dell'azione amministrativa"*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006;

SCHMIDT ABMANN E., *DerRechtsstaat*, in *HandbuchdesStaasrechts*, hrg. J. Isensee e W. Kirchhof, Heidelberg, 1987, vol. I, 897 ss.;

SCHMIDT ABMANN E., *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito Tedesco sulla riforma ("la nuova scienza del diritto amministrativo")*, in *Dir. amm.*, 2015;

SCHMIDT PREUB M., *KollidierendePrivatinteressenimVerwaltungsrecht*, Berlin, 1992, 2 ss.;

SCIULLO G., *Pianificazione amministrazione e partecipazione*, I, I procedimenti, Milano, 1984;

SCOCA F., *Il principio del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura dello stesso, II ed., Torino, 2006, 10 ss.;

SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?* In *Dir. proc. Amm.*, 2011, 410; S. Satta, *Interesse e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 160 ss.;

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Torino, 2017, 3 ss.;

Scoca F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1070,

SCOCA F.G., *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, III, 848 ss.;

SCOCA F.G., *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo: stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 39 ss.;

SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano. 2004, 189 ss.;

SCOVAZZI T., *Sul principio di precauzione nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Riv. dir. int.*, 1992, 699 ss.;

SESSA V.M., *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012, 92 ss.;

SETTIS S., *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, 2014, 27 ss.;

SHAPIRO M., *Two Transformations in Administrative Law: American and European?*, *The Europeanisation of Administrative Law*, a cura di K.H. Ladeur, Dartmouth, 2002, 10;

SICILIANO F., *La legalità amministrativa e certezza del diritto. Riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, 2010, Milano, 73 ss.;

SILVESTRI G., *La nascita della Costituzione italiana e i suoi valori fondamentali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2006, 592;

SORDI B., *Diritto amministrativo*, in Dig. it. disc. pubbl., V, Torino, 1990, 11 ss.

Sordi B., *Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 1023 ss.;

SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale, La formazione dell'interesse legittimo*, Milano, 271 ss.;

SORDI B., *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica del primo dopoguerra*, Milano, 1987, 198 ss.

SPASIANO M.R., *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990*, in www.giustamm.it;

SPASIANO M.R., *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in Dir. amm., 2002, 283 ss.;

STELLA Richter D., *Atti e poteri amministrativi*, in G. Guarino (a cura di) *Dizionario amministrativo*, I, 1083;

STELLA RICHTER P., *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Giannini Massimo Severo*, III, cit. 851 ss.;

STES S., S. Casey-Lefkowitz, J. Jendroska, *The Aarhus Convention: an implementation guide*, New York-Geneve, United Nations, 2000;

STEWART R.B., *The reformation of American Administrative Law*, in Harv., Law Rev., vol. 88, 1975, 1657 ss.;

STOLLES M., *Storia del diritto pubblico in Germania*, II, *Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione*, Milano, 2014, 488;

TARULLO S., *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. I, Milano, 2008, 381 ss.;

TARULLO S., *Il principio di collaborazione procedimentale, Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 352 ss.;

- TARULLO S., *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Padova, 2007, 77 ss.;
- TATTI S., *La nuova partecipazione al procedimento amministrativo*, Napoli, 2009, 133 ss.;
- TEDESCHINI F., voce “procedimento amministrativo”, in *Enc. del diritto*, Milano, 1986, XXXV, 872 ss.;
- TITOMANLIO R., *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino 2018;
- TOMEI G., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 2;
- TONOLETTI B., *Mero accertamento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593 ss.;
- TORCHIA L., *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016;
- TORRICELLI S., *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013, 45 ss.;
- TRAVI A., *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR*, suppl. al n. 6/05, 19;
- TRAVI A., *Interessi procedimentali e pretese partecipative: un dibattito aperto (a proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 547 ss.;
- TRAVI A., *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 1997, III, 21 ss.;
- TRAVI A., *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 26 ss.;
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 335.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 193 ss.;
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 194;
- TREVES G., *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 401;
- TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sull'opposizione alla sentenza di annullamento, proposta dal terzo titolare di posizione “autonoma e incompatibile”*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 780 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, *Dir. proc. amm.*, 2017, 785 ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1009 ss.;

TRIMARCHI F., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, n. 3, 627 ss.;

TRIMARCHI F., *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni nell'amministrazione*, Milano, 1988, pp. 107-110;

TROISE MANGONI W., *Controinteressato e opposizione di terzo nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 685 ss.;

TROISE MANGONI W., *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 95;

URBANI P., *Civitaese Matteucci, Diritto urbanistico – Organizzazione e rapporti*, Torino, 2013, 63 ss.;

VACCHELLI G., *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'Autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, 223 ss.;

VESPERINI G., *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2007, 85 ss.;

VILLATA R., *Interesse ad agire II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 1;

VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 200 ss.;

VILLATA R., *voce "Legittimazione processuale, II) Diritto processuale amministrativo, 2;*

VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. 2, Milano, 1987, 178 ss.;

VON BOGDANDY A., *I principi fondamentali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011;

VUOLO A., *La tutela dell'ambiente quale principio fondamentale*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, I, t. III, Napoli, 2002, 925 ss.;

ZANDA C., *La class action pubblica tra interessi legittimi e giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2011, 825 ss.;

ZEI A., *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. Bifulco-A. D'Aiola (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008;

ZINGALES U.G., *La class action pubblica e i suoi limiti nelle ipotesi di disfunzioni organizzative: una sentenza monito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1096;

ZITO A., *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in Codice dell'azione amministrativa, Sandulli M.A. (a cura di), 579 ss.;

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.