

INTRODUZIONE

La prima questione che uno studio quale quello intrapreso pone è quella concernente la sua giustificazione nell'attuale panorama dottrinale. Il tentativo di approcciarsi alla problematica del contraddittorio procedimentale, infatti, potrebbe apparire una scelta di dubbia condivisibilità, giacché troppo facilmente a rischio di arenarsi in un dibattito sterile di contenuti innovativi.

In effetti, a fronte della massiccia produzione che da parte della dottrina si è avuta sul tema qui considerato nel corso del decennio successivo all'introduzione della l. n. 241/1990, ulteriormente accresciuta all'indomani delle modifiche apportate dalla l. n. 15/2005, l'attenzione sul procedimento – invero mai del tutto sopita, anche se fortemente ridimensionata – si è successivamente dovuta confrontare con un quadro concettuale ormai saturo delle varie soluzioni interpretative che, a partite dal nuovo dato legislativo, hanno contribuito alla realizzazione della rinnovata struttura dell'azione amministrativa.

Nell'ultimo periodo, tuttavia, il rilievo delle garanzie approntate al privato nella vicenda procedimentale pare aver assunto un nuovo vigore. Abbandonate, anche se non del tutto, le impostazioni eccessivamente 'estremiste' in ordine alle conseguenze di un esercizio del potere partecipato, e valorizzate, invece, le effettive implicazioni che questo era capace di comportare, la ricerca verso ulteriori e sempre più pregnanti modalità di tutela procedimentali ha volto lo sguardo al di là dei confini nazionali, per valutare se nuovi scenari potessero essere aperti su un quadro ormai definito nei suoi termini strutturali. Complice anche la novella del 2005, con le sue restrizioni alle eventuali derive formaliste che dalle garanzie partecipative potevano scaturire, le regole interne sono infatti sembrate nuovamente (o ulteriormente) inappaganti, e il confronto con realtà estere o sovranazionali ancor più portatore di nuovi stimoli.

Immane i riferimenti all'ordinamento americano, con il *due process* assicurato dall'*Administrative Procedure Act*, e alla consolidata tradizione procedimentale propria di quello austriaco, è però il dato europeo che ha costituito l'oggetto di maggiore attenzione nell'ultimo periodo, anche per la sua ben nota pervasività sul sistema nazionale. Così, la riflessione si è da più parti concentrata sull'art. 41 CED, e sulla sua possibile carica innovativa, particolarmente valo-

rizzata da quegli orientamenti che si sono posti in maniera critica rispetto all'atteggiarsi di taluni istituti nella nostra disciplina nazionale.

Ma il dato che più di altri sembra poter incidere sulla struttura del contraddittorio procedimentale è risultato quello – che nell'ultimo periodo sta lentamente uscendo dal clima di torpore che per lungo tempo lo ha caratterizzato, complice un crescente fervore dottrinale per l'argomento – dell'altro versante del diritto europeo, quello, cioè, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 6, come si darà ampiamente riscontro, dispiega importanti effetti sulla disciplina del procedimento amministrativo. Proprio tale circostanza ha costituito lo stimolo per riconsiderare le ricostruzioni elaborate dalla dottrina in relazione al tema in questa sede affrontato e valutarne la rispondenza al quadro ordinamentale che si è venuto definendo negli ultimi anni.

In proposito, è da dire che l'impostazione di fondo che si ricava dalle tendenze più recenti è quella della ricerca di una sempre maggiore attuazione del tradizionale canone del 'procedimento come processo', ricerca che si concreta, nella sostanza, nella preferenza per una struttura procedimentale prettamente garantistica, a prescindere dalle diverse esigenze sottese al paradigma partecipativo e all'effettiva conflittualità della fattispecie.

Da ciò scaturisce, com'è logico, la necessità di una piena attuazione della dimensione orizzontale del contraddittorio, con una separazione strutturale tra l'autorità deputata all'istruttoria e l'autorità decidente, ben oltre quanto previsto dalle disposizioni sul responsabile del procedimento. Scaturisce, inoltre, la necessità che le garanzie della partecipazione valgano in sé, e non siano collegate alla funzione che sono chiamate a svolgere, o meglio siano collegate all'unica funzione che, in tesi, esse sono chiamate a svolgere, a dire quella garantistica; come conseguenza, si nega l'ammissibilità di una norma quale l'art. 21 *octies*, in disparte i rilievi sulle sue possibili diverse interpretazioni.

Rispetto al generale 'stracciarsi le vesti' per il *vulnus* arrecato al valore della partecipazione¹, spesso caratterizzato da epici richiami, ci si pone in termini critici, e si tenta di prospettare una ricostruzione del contraddittorio procedimentale che si inserisca appieno nelle logiche della funzione rivestita dalla partecipazione nell'ambito della vicenda amministrativa; funzione che, nella sua duplice veste collaborativa e garantistica tradizionalmente riconosciutagli, deve declinarsi in termini strutturali per permettere la definizione di un preciso modello di contraddittorio, non rigidamente improntato ad una logica (e ad una funzione) prettamente garantistica. Soprattutto, si metterà in luce come una siffatta ricostruzione sia non solo compatibile, ma pienamente valorizzata dal diritto

¹ Il riferimento è all'espressione utilizzata, in termini critici, da L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?* in *Dir. amm.*, 2006, p. 604.

europeo-convenzionale; e come anzi sia proprio quest'ultimo a fornire gli elementi necessari perché essa assuma contorni definiti, e non rimanga un generico canone descrittivo: alla CEDU sarà pertanto in massima parte volto lo sguardo, soprattutto con riferimento a quelle che possono definirsi situazioni di diritto amministrativo a carattere civile, troppo spesso poste in ombra dall'indubbio maggior rilievo di cui godono le situazioni a carattere penale.

Le conclusioni a cui si perverrà si spera possano fornire un contributo al dibattito attuale, non foss'altro perché, sotto vari profili, differenti rispetto a quelle a cui giunge l'impostazione che appare ad oggi maggioritaria.

Nel momento di licenziare il presente lavoro, i miei ringraziamenti non possono non andare, in primo luogo, al prof. Vincenzo Cerulli Irelli, per la stima dimostratami nell'aver voluto accogliere anche questa mia seconda monografia nella Sua prestigiosa collana. Un sentito ringraziamento anche a Luca De Lucia e Maria Chiara Romano, per i preziosi consigli, nonché a Nino Paolantonio, che sin dalla mia tesi di laurea si dedica con pazienza e attenzione alla lettura dei miei lavori. Una particolare menzione va poi ad Emilia Pulcini, per il costante supporto e incoraggiamento.

Il libro è stato scritto tra Roma e il Max-Planck-Institut di Heidelberg, che ringrazio per la cordiale accoglienza. Lo studio non sarebbe stato probabilmente affrontato, va aggiunto, se non mi fossi approcciato al diritto europeo-convenzionale sostenendo, ormai alcuni anni fa, l'esame di *Law of the European Convention on Human Rights* nel programma di studi congiunto dello UCL e della Queen Mary presso la University of London.

Roma, 4 ottobre 2016

A. C.

I

LA STRUTTURA DEL CONTRADDITTORIO PROCEDIMENTALE

SOMMARIO: 1. Il ruolo della partecipazione nel procedimento amministrativo tra funzione collaborativa e funzione di garanzia. – 2. Il procedimento ‘come processo’ e il ruolo del contraddittorio. – 3. Modelli strutturali di contraddittorio procedimentale e duplicità funzionale della partecipazione.

1. Il ruolo della partecipazione nel procedimento amministrativo tra funzione collaborativa e funzione di garanzia

È stato più volte messo in luce come il concetto di partecipazione procedimentale sia essenzialmente generico, perché in essa sono ricompresi istituti differenti e perché la funzione a cui l'esigenza partecipativa risponde non è omogenea. Il suo atteggiarsi quale manifestazione della trasparenza amministrativa, o quale espressione della legittimazione dell'Amministrazione nella sua azione, rende infatti evidente come tale figura presenti una natura che va al di là del ruolo da essa ricoperto all'interno delle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa, tale da non permetterne neppure un compiuto apprezzamento rimanendo ancorati ad una logica esclusivamente giuridica¹.

Anche poi a voler limitare l'analisi ad un'ottica meramente procedurale, è facilmente constatabile che la tradizionale contrapposizione, a cui solitamente si fa riferimento, tra partecipazione in senso collaborativo e partecipazione in funzione di garanzia non trova corrispondenza in una distinzione concettualmente precisa. Ciò non soltanto perché, come pacificamente riconosciuto, difficilmente l'essenza della partecipazione può essere ricondotta, in termini compiuti, ad una delle due alternative (ciò che ha fatto assumere alla dottrina posi-

¹Sul punto, ci si limita a rimandare all'analisi di M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, p. 1413 ss.

zioni molto variegata, spesso negando l'adesione piena ad un modello preciso, preferendosi invece individuare, nel dato collaborativo o in quello difensivo a seconda delle differenti impostazioni, la funzione primaria degli istituti partecipativi, più o meno sfumata in rapporto con l'altra funzione, considerata recessiva ma comunque rilevante). Ma anche perché lo stesso elemento, collaborativo o difensivo, non ha conservato il medesimo significato nel corso dell'iter evolutivo che ha caratterizzato la riflessione sull'argomento.

In effetti, nel periodo in cui il rapporto tra Amministrazione e cittadini era ancora concepito nei termini di mera contrapposizione tra autorità e libertà, e le modalità con cui l'agire della P.A. si dispiegava trovavano diretto collegamento con le vicende contenziose in ragione dell'obbligatorio esaurimento dei ricorsi gerarchici ai fini dell'accesso alla tutela giurisdizionale, il carattere collaborativo o conflittuale della partecipazione si strutturava in relazione a quell'elemento, in relazione, cioè, alla mancanza di pariteticità del rapporto tra Amministrazione e amministrato². Così, in uno dei primi studi che espressamente prendevano in considerazione il contraddittorio amministrativo, si specificava come tutto il procedimento fosse rivolto alla realizzazione dell'interesse unilaterale dell'Amministrazione, per soddisfare in via mediata quello della collettività; ciò che permetteva di parlare di contraddittorio solo in senso atecnico rispetto al significato della nozione nel diritto processuale generale, e di limitarne l'obbligatorietà ai soli casi in cui la legge statuisse in tal senso³. Sostanzialmente nella medesima direzione, e anzi più restrittivo nella considerazione della portata che il principio del contraddittorio assumeva nel nostro ordinamento amministrativo, si muoveva anche un altro studio coevo⁴. E nello stesso senso si

²In questo senso possono considerarsi i rilievi di F. BENVENUTI, *Prefazione*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. XI ss.; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974, p. 92; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, p. 390 ss.

³Così G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, pp. 63-64. L'A. valorizzava comunque tale possibilità in relazione alla gradazione dell'obbligo di motivazione (p. 200 ss.) e auspicava un'introduzione più generalizzata del contraddittorio nel procedimento amministrativo attraverso la sua estensione in via spontanea da parte dell'Amministrazione (p. 236 ss.).

⁴Affermava infatti G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, p. 210 ss., che "nel nostro sistema nulla sembra impedire al cittadino, contrario all'emanazione di un certo provvedimento, di esprimere con delle deduzioni la propria rimostranza all'iniziativa che ne sia stata presa dall'Amministrazione"; ciò però non ha come conseguenza quella di "costringere l'Amministrazione a motivare perché disattende le deduzioni ricevute": tale risultato si può avere (p. 224) "soltanto nelle ipotesi in cui l'intervento dell'interessato è espressamente previsto dalle singole leggi amministrative o può essere ammesso sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato".

esprimeva la restante parte della dottrina⁵, pur non mancando posizioni più aperte⁶.

Ne conseguiva che se proprio per l'alto livello di contrapposizione tra posizione (e interessi) del privato e posizione (e interesse) dell'Amministrazione si tendeva a ricercare nella partecipazione una possibilità di difesa delle ragioni del singolo, si doveva poi concludere, appunto per l'essenza prettamente autoritaria dell'agire amministrativo, che tali ragioni potevano trovare tutela solo in quanto serventi al perseguimento del miglior interesse pubblico⁷, attraverso

⁵Secondo F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pp. 397-398, non poteva non condividersi l'orientamento per cui "l'organo amministrativo ha facoltà di ritenere irrilevanti, e quindi trascurare, le circostanze di fatto addotte dal privato e le argomentazioni ad essi relative, che concernano interessi secondari", giacché dalle indicazioni legislative non potrebbe ricavarsi un dovere in capo all'Amministrazione di accertare ed esaminare i fatti, non concernenti l'interesse primario, introdotti dal privato intervenuto nel procedimento. Rilevava P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, p. 255 ss., che "nella fase istruttoria, prevale il principio inquisitorio e quindi il cittadino non può vantare una pretesa tutelata di essere inteso prima dell'adozione di quei provvedimenti, che incidano direttamente nella sfera dei suoi interessi o diritti", aggiungendo però che "la più recente legislazione ha in misura maggiore consentito il contraddittorio con i soggetti interessati" e che "viene talora consentito al privato di prendere visione degli atti dell'istruttoria" e "di avere conoscenza dell'andamento dell'istruttoria".

⁶Si veda in particolare G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 42 ss., il quale, valorizzando la dimensione democratica dell'Amministrazione (espresso il riferimento a Benvenuti, su cui *infra*), ricavabile dagli artt. 1, 97 e 113 Cost., ha negato il carattere di eccezionalità alle disposizioni che prevedevano la partecipazione del privato al procedimento (p. 76, ove si afferma che "le singole norme, che approntano garanzie in tal senso, sono espressione puntuale di un principio generale"), precisando però che tale partecipazione non poteva essere indiscriminata, in ragione della necessità che l'attività amministrativa fosse improntata ai canoni di buon andamento e imparzialità, gli stessi su cui si sarebbe fondato l'intervento del privato nel procedimento (concepito, quindi, in chiave prevalentemente collaborativa: pp. 107-109). Nel medesimo senso P. STELLA RICHTER, *Opposizione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 528 ss., secondo cui ai titolari di una situazione giuridicamente protetta dovrebbe reputarsi generalizzata la possibilità di intervento nel procedimento in ragione dell'esclusività della competenza dell'Amministrazione nel delineare la fattispecie rispetto al successivo controllo giurisdizionale, per cui deve essere permesso al privato di introdurre il proprio interesse nel procedimento, su cui l'autorità procedente dovrà prendere posizione. Per la generalizzazione della partecipazione sulla base del principio di imparzialità U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 230 ss. e 244 ss. (su cui *infra*, cap. II, par. 2).

⁷Sul punto nota G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, pp. 444-445, che "anche la procedura-garanzia (...) non si distacca dall'idea che la partecipazione del privato al procedimento sia il completamento e l'integrazione di quella forma procedimentale che sorreggeva l'atto esecutivo autoritario", con la conseguenza che "questa concezione finisce in realtà con il favorire più la collaborazione del privato ad una attività amministrativa precostituita in ogni sua parte, che a esaltarne la presenza autonoma in funzione di una pronuncia che sia soddisfazione a garanzia del rapporto".

cioè una funzione collaborativa, quali interessi solo indirettamente protetti all'interno del procedimento⁸.

In questo contesto, la migliore descrizione dell'atteggiarsi della partecipazione può ritrovarsi in quell'autorevole dottrina che non a caso propose non una bipartizione, ma una tripartizione della funzione partecipativa: quest'ultima infatti poteva essere strutturata come collaborazione, come partecipazione in senso proprio o come modalità di tutela, volta la prima a garantire interessi della pubblica autorità, la seconda interessi comuni tra P.A. e privato, e la terza interessi del privato⁹. La contrapposizione, quindi, tra interesse dell'Amministrazione e interesse del privato era tale da far considerare come strutturalmente separate le ipotesi in cui la partecipazione fosse servente ad un interesse pubblico (ove pubblico coincideva con quello dell'autorità) e quelle in cui fosse invece servente ad un interesse comune ad entrambe le parti.

La funzione collaborativa e quella di garanzia hanno assunto invece un ruolo differente nel quadro che si è venuto a configurare negli ultimi decenni, soprattutto a seguito dell'adozione della l. n. 241/1990.

Fondamentale, in tal senso, è stata la piena affermazione della concezione per cui l'interesse pubblico, a cui nell'ottica tradizionale quello del privato era contrapposto¹⁰, non sarebbe un'entità individuata a priori: nell'acquisita con-

⁸ Secondo E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983, p. 31 ss., la situazione giuridica sostanziale del privato non assumerebbe rilevanza in quanto tale nell'ambito procedimentale, ma solo in relazione alla sua attitudine di arrecare un contributo costruttivo all'esercizio dell'azione amministrativa. In altri termini, (p. 36) "l'interesse del privato non entra nella struttura dei giudizi rilevatori (di interessi) a titolo proprio e non è portatore di un suo *autonomo valore* giuridico: esso vi fa parte in funzione del fatto manifestato (vale a dire della ipotesi di fissazione dei fatti implicata dalla manifestazione), sicché *la sua rilevanza è dipendente dalla rilevanza di questo fatto*" (corsivo testuale); ciò che rende necessario (p. 51) "sganciare la problematica dell'evidenza degli interessi da visioni soggettivistiche". Cfr. anche ID., *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1988, pp. 107-110, ove si ribadisce (p. 109) la necessità di espungere la tutela delle connotazioni soggettivistiche, organizzandola attorno all'esigenza di costruzione di un'alternativa del processo di decisione in un'"ottica più *costruttiva* che difensiva" (corsivo testuale).

⁹ Il riferimento è a S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 7-10/1970, p. 106.

¹⁰ In proposito cfr. ad es. F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 627 ss., secondo cui la logica della partecipazione "in un'ottica oppositiva rispetto alle scelte dell'autorità amministrativa (...) presuppone, dal lato dell'amministrazione, già una compiuta ricognizione e valutazione del pubblico interesse", per cui dopo la l. n. 241/1990 si dovrebbe abbandonare l'idea della partecipazione concepita come "contraddittorio", cioè, nell'ottica dell'A., in una prospettiva di difesa ancora fondata sul presupposto della subordinazione del privato all'Amministrazione: cfr. *infra*.

sapevolezza dell'incapacità della legge attributiva del potere di svolgere il ruolo di selezione degli interessi rilevanti¹¹, infatti, esso diventa oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco, la quale, come tale, non può che derivare dal coinvolgimento dei titolari degli interessi stessi nel processo di decisione¹². Ciò che

¹¹ E quindi della crisi del concetto di interesse pubblico "astratto" identificato dalla norma, sul quale cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 301 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 6 ss.; nonché, per il rapporto tra interesse primario e interessi secondari nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 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, p. 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 (composto, misto, 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"; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 369; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010, p. 25 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei procedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 284; V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di Amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, p. 385; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, *ivi*, III, p. 913 ss.; G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, *ivi*, III, p. 103, secondo cui "la perdita di un centro unitario di riferimento dai caratteri autoritativi (lo Stato centrale) e dunque forzatamente o naturalmente omogeneizzante, ha prodotto il fenomeno della indeterminatezza e indefinibilità dell'interesse pubblico generale" (sul punto si veda anche ID., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, p. 359 ss.). Sul rapporto tra procedimento ed esercizio della discrezionalità in relazione alla problematica della legalità amministrativa cfr. inoltre F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, spec. pp. 118 ss. e 145 ss., secondo cui di discrezionalità, quale valutazione di interessi concorrenti tra loro, può parlarsi soltanto quando anche il privato partecipi dell'emanazione dell'atto.

¹² È questa un'impostazione che si ritrova nella concezione oggettivo-funzionale dell'Amministrazione, sviluppata, in relazione agli aspetti che qui ci interessano, in particolare da F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, p. 3467 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss., nonché negli altri ben noti scritti dell'A. su cui diffusamente *infra*; e da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 209 ss., su cui pure *infra* in nota. Contrario a questa prospettiva di svalutazione del valore del soggetto giuridico, e in particolar modo alla tesi di Berti, è, come noto, A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina*, 1981, p. 405 ss. (a cui si rimanda in generale per l'analisi delle concezioni oggettive del potere: p. 420 ss.), secondo cui (p. 441), peraltro, l'impostazione soggettivista non si pone necessariamente in contrasto con l'istanza partecipativa (cfr. anche in relazione a tale A. quanto considerato *infra* in nota).

Nello specifico, si vedano i rilievi di G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 99 ss., spec. pp. 107-108, secondo cui "si può pensare ad un interesse pubblico che prende consistenza nel corso del procedimento (...), solo in quanto si rinunzi a confi-

si inserisce in una differente considerazione dell'Amministrazione come organizzazione¹³, e ha come conseguenza, secondo quanto ben si è evidenziato dalla

gurare anche l'interesse pubblico come alcunché di legato al soggetto ed a questo rapportabile", e in ID., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, p. 91 ss., anche per il rapporto tra formazione progressiva dell'interesse pubblico e contraddittorio; nonché quelli di G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1313, che parla in proposito di un interesse che si costruisce nel corso dell'esercizio del potere amministrativo. Secondo U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., spec. p. 108 ss., l'interesse pubblico assunto come dato sussistente indipendentemente dal valore da riconoscere agli interessi privati è caratteristico della concezione dell'Amministrazione come parte, mentre la connotazione di questa in termini di imparzialità passa necessariamente per la considerazione della funzione nel suo divenire, per cui (p. 121) "per l'autorità ogni elemento del complesso ha eguale interesse, poiché essa è in definitiva interessata al complesso come tale", ciò che "consente la presenza attiva dei soggetti particolari, i quali, a differenza dell'autorità, chiaramente intervengono come parti".

Anche F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1505-1506, facendo riferimento all'impostazione di Benvenuti, ha affermato che "nei procedimenti che attendono alla composizione di interessi eterogenei non esiste un *interesse pubblico* prefigurato dalla norma; o meglio quel tale interesse pubblico espresso dalla norma serve solo a definire la competenza dell'organo legittimato a decidere la figurazione giuridica dell'assetto di interessi (...), ma non è un interesse sostanziale (o concreto) di cui la figura soggettiva pubblica sia portatrice (...), perché un tale interesse non è un interesse reale ma si risolve in una regola di giudizio che servirà di guida per la risoluzione del conflitto o per la composizione degli interessi (questi sì reali) che le vengono riferiti dalla comunità e dalle sue formazioni sociali" (corsivo testuale).

Secondo S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 124, la crisi del concetto di "interesse pubblico primario" segue la crisi della norma attributiva del potere, non essendo possibile ravvisare nell'obiettivo di quest'ultima (il c.d. "interesse pubblico astratto") un punto di riferimento per orientare l'autorità amministrativa nella gerarchizzazione dei singoli interessi che emergono concretamente dalla fattispecie reale (esplicito il richiamo a M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*): (pp. 106-107) "l'indeterminatezza degli obiettivi concreti reclama", infatti, "una maggiore elasticità della norma", che "diluisce man mano il principio di legalità, tende in definitiva a sottrarre l'operato dell'amministrazione al controllo di legittimità che, col venir meno del supporto della legge, viene a perdere il suo riferimento primario"; cfr. anche ID., *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Napoli, 1987, p. 64 ss.

¹³ Sul diretto collegamento tra attività e organizzazione si vedano le pagine di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 114 ss., spec. pp. 123-124, ove si evidenzia la duplice funzione del procedimento amministrativo quale "attività o forma di attività" e "coordinazione (azione coordinata) di uffici"; nonché l'ampia analisi di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., spec. pp. 135 ss. e 209 ss., ma *passim* (su cui maggiori approfondimenti *infra* in nota).

Sul superamento della risalente visione che vedeva l'organizzazione come oggetto di studio della scienza dell'amministrazione e il diritto amministrativo come oggetto di applicazione del metodo giuridico (su cui G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1839, p. 43 ss.; G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze, 1877, p. 151 ss., spec. pp. 155-156) e per l'affermazione della

dottrina negli ultimi decenni del secolo scorso, che il potere e la discrezionalità amministrativa ottengono la propria legittimazione per mezzo del procedimento (partecipato)¹⁴, in un'ottica per cui più ampia è l'attribuzione della discrezionalità maggiore è l'esigenza dell'intervento dei privati¹⁵.

Nel quadro delineato, la positivizzazione delle regole procedurali non ha portato allora soltanto alla predisposizione di un generale schema procedurale, formalmente inteso, ma ha avuto ad oggetto l'elaborazione di istituti partecipativi che fossero in grado di porre la dialettica Amministrazione-privato/i al centro della vicenda procedimentale¹⁶, generalizzando così quei tentativi che erano

funzione di garanzia dell'organizzazione cfr. in particolare V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa*, Milano, 1965, p. 3 ss.; M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 133 ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 87 ss.; G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, p. 3 ss. Sui riflessi in relazione al concetto di organo cfr. *infra*, cap. IV, par. 3, in nota.

¹⁴Cfr. in particolare F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata*, *loc. ult. cit.*; G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985, pp. 5 ss., 47 e 65 ss.; ID., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 307 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 576 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 270 ss.; A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Padova, 1999, p. 23 ss.

¹⁵G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, *loc. ult. cit.*

¹⁶Pur se da più parti si è evidenziato come ciò sia avvenuto in maniera più timida di quanto la Commissione Nigro avesse precedentemente stabilito: questa aveva infatti previsto un capo dedicato al "contraddittorio" nel procedimento amministrativo, il quale, su rilievo del parere del Cons. St., ad. gen., n. 7/87 del 17 febbraio 1987, § 12, fu rinominato "partecipazione al procedimento" (in ragione della tradizionale distinzione tra i due termini); in particolare, le differenze tra il progetto originario e la l. n. 241/1990 in relazione ai diversi istituti saranno rilevate *infra*, cap. IV. Come è noto, la commissione presieduta da Nigro era una delle tre sottocommissioni (le altre due presiedute da Cassese e Laschena) in cui era articolata la Commissione governativa istituita nel 1984 e coordinata da Giannini, dal cui progetto (in merito al quale si espresse il Consiglio di Stato nel parere citato) scaturì il d.d.l. C.4504, IX legislatura, poi riproposto nella legislatura successiva, d.d.l. C.1913, che trovò approvazione nella l. n. 241/1990.

Sui lavori della Commissione Nigro cfr. in particolare gli atti del Convegno di Varenna del 18-20 settembre 1986, raccolti nel volume *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributo alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1989, ed ivi l'intervento di G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*; e quelli del Convegno di Messina-Taormina del 25-26 febbraio 1988, nel volume di F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., ed ivi in particolare gli interventi di M. NIGRO, *Relazione introduttiva*; E. CARDI, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*; F. PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*; F. TRIMARCHI, *Procedimento amministrativo e riforma del processo*, nonché i documenti relativi alle varie versioni del disegno di legge e al richiamato parere dell'Adunanza generale.

Un progetto di Legge generale sull'amministrazione, di cui il titolo II dedicato al procedi-

già stati compiuti in specifici settori dell'attività amministrativa, ove, nell'ottica tradizionale sopra riferita, particolarmente marcato si presentava il conflitto di interessi (come per le posizioni coinvolte in procedimenti disciplinari o – anche solo latamente – sanzionatori), o comunque particolarmente rilevante appariva l'apporto partecipativo alla luce degli interessi del privato coinvolti¹⁷. Una revisione del modello dell'agire amministrativo, quella appena indicata, che ha determinato un diverso modo di concepire le modalità con cui viene effettuata la scelta in seno all'Amministrazione¹⁸, e ha esercitato un'influenza sullo stesso

mento amministrativo, era stato proposto dalla I Commissione Forti (su cui si veda il commento critico di U. BORSI, *Osservazioni sul progetto della legge generale sulla pubblica amministrazione*, Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna, 1948; quello favorevole di A. DE VALLES, *Sul progetto di una legge generale sulla pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.*, 1949, p. 451 ss.; quello critico in ragione dell'eccessiva timidezza delle previsioni di F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, Trento, 1957, ora in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., p. 539 ss.), con previsioni riproposte dai progetti De Francesco e Lucifredi, tutti senza esito: sul punto cfr. in particolare P. CALANDRA, *Il tentativo del legislatore italiano per una legge generale sul procedimento amministrativo*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, p. 81 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, p. 15 ss.; L. AQUARONE, *Il problema della disciplina generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 1 ss. In generale si veda poi anche F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 572 ss.; ID., *Procedimento amministrativo*, *ivi*, Agg., III, Milano, 1999, p. 872 ss.

¹⁷ Si pensi, a solo esemplificativo, al procedimento di irrogazione di sanzioni disciplinari di cui agli artt. 100 ss. del d.p.r. n. 3 del 10 gennaio 1957, a quello di irrogazione di sanzioni pecuniarie disciplinato dalla l. n. 689 del 24 novembre 1981, nonché ai procedimenti relativi all'espropriazione per p.u. di cui alla l. n. 2359 del 25 giugno 1865 e alla formazione dei piani regolatori di cui alla l. n. 1150 del 17 agosto 1942, nei quali tradizionalmente la funzione garantistica si combina con l'apporto collaborativo. Per un'ampia rassegna sul punto si rinvia a S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, cit., p. 25 ss.

¹⁸ Sulla determinazione procedimentale della scelta amministrativa si veda lo studio di M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, *passim*, spec. pp. 223 ss. e 343 ss., che, in relazione agli aspetti che si è avuto modo di descrivere, rileva la crisi del 'soggetto decisore' come tradizionalmente inteso e lo sostituisce con una 'coalizione decisionale' composta dai diversi privati e apparati amministrativi coinvolti, per cui la decisione dell'Amministrazione costituirebbe il prodotto dello svolgimento delle molteplici interazioni tra le diverse componenti di tale coalizione e verrebbe quindi a presentarsi come la linea di raccordo fra più centri di riferimento di interessi (con conseguente svalutazione della discrezionalità amministrativa in favore della "relazionalità" quale elemento dinamico di produzione della decisione); come tale, essa non potrebbe essere più concepita come il momento conclusivo di un percorso lineare, giacché si definirebbe in corrispondenza di un percorso circolare e complesso, di cui il provvedimento finale non è che il momento formale riassuntivo (p. 346) "utile per indicare che la decisione è avvenuta (...) ma non più per svelarne l'intima consistenza". Tale impostazione risponde alle logiche proprie della concezione della partecipazione del privato nell'ottica della codecisione, come si avrà modo di spiegare *infra*, nel testo.

sindacato esercitato dal giudice amministrativo, non più confinato alla realtà provvedimentale, ma effettivamente esteso al concreto svolgersi dell'attività, attraverso l'analisi della vicenda procedurale e l'utilizzo di parametri idonei a permetterne un più diretto scrutinio¹⁹.

In tale cambio di paradigma che ha caratterizzato lo svolgimento della funzione amministrativa, la contrapposizione tra partecipazione in chiave collaborativa e partecipazione in chiave garantistica, prima particolarmente marcata e idonea a caratterizzare modelli tra loro fortemente contrapposti, è venuta ad attenuarsi e a connotare, piuttosto, due modi di intendere il rapporto tra P.A. e privato nell'ambito dello svolgimento dell'azione amministrativa. Se ne ha riscontro nella

Aderente invece al ruolo dell'Amministrazione quale soggetto deputato all'adozione della decisione, pur nel mutato quadro ordinamentale – e, quindi, all'impostazione da noi sostenuta, come pure si vedrà *infra* – è A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, p. 11 ss., per cui l'intervento dei privati, titolari di propri interessi, nel processo di formazione delle decisioni amministrative, pur rendendoli partecipi della prospettazione del problema amministrativo, non può giungere mai al nucleo della scelta ultima in ordine alla fattispecie precettiva; cosicché la circostanza che il cittadino è parte del procedimento che precede la decisione, ma estraneo alla decisione ultima sul regolamento dei propri interessi, rende necessaria – perché sia rispettato un parametro di legalità non più meramente formale, come conformità al dato legislativo, che ormai ha perso di rilievo, bensì sostanziale, inteso cioè quale necessità di verifica dell'intima coerenza delle scelte pubbliche – la predeterminazione dei parametri di valutazione della scelta discrezionale, la quale, espressione dei principi di imparzialità, di trasparenza e soprattutto di tutela dell'affidamento del privato, si configura non quale vincolo alla discrezionalità (cfr. in proposito P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990), ma come un suo anticipato esercizio. Sul punto cfr. anche A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 ss.; ID., *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, *ivi*, p. 697 ss.

¹⁹In questo senso possono richiamarsi le considerazioni di G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge n. 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 173 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, *ivi*, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 351 ss.; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, p. 161 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 330 ss.; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, p. 263 ss.; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, p. 283 ss.

Si veda in proposito la riassuntiva e precisa affermazione di M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 462, la quale, analizzando il pensiero di Nigro, considera che “una disciplina del procedimento deve servire a spostare il baricentro dell'azione amministrativa dall'atto finale all'istruttoria procedimentale, con il fine precipuo di rendere più *sostanziale* il controllo giurisdizionale sul corretto esercizio del potere amministrativo. La legge sul procedimento nasce quindi come critica non a un modello di azione amministrativa, ma a un modello di tutela giurisdizionale (...) incentrato esclusivamente sull'atto”.

disciplina positiva della l. n. 241/1990, la quale, se da un lato non ha recepito un'impostazione completamente aperta della partecipazione, dall'altro si caratterizza comunque in termini estensivi (sotto il profilo 'quantitativo'), in relazione ad una struttura orientata in senso garantistico, atteso che, oltre ad essere ricompreso in ogni caso il destinatario dell'atto, il riferimento, contenuto all'art. 9, l. n. 241/1990, ai soli soggetti che dall'atto possono ricevere un pregiudizio, è stato interpretato in termini ampi, "nel senso [sia] di danno, di lesione alla posizione soggettiva, che nel senso di minor vantaggio possibile"²⁰, così da ascrivervi anche quei soggetti che dal provvedimento avrebbero effetti favorevoli²¹.

In quest'ottica può allora comprendersi la perdita di rilievo della distinzione concettuale tra "opposizioni" e "osservazioni", volta a valorizzare il valore collaborativo delle seconde al fine di escludere, per esse, l'obbligo per l'Amministrazione di tenerle specificamente in considerazione ai fini dell'adozione dell'atto²², il cui sostanziale rifiuto da parte della disciplina generale del procedi-

²⁰C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in P. ALBERTI, G. AZZARITI, G. CANAVESIO, C.E. GALLO, M.A. QUAGLIA, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, p. 82.

²¹C.E. GALLO, *op. ult. cit.*, pp. 81-82; M. RAMAJOLI, *L'intervento nel procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 518; M.C. ROMANO, *L'intervento nel procedimento. La legittimazione procedimentale dei portatori di interessi diffusi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 349.

In giurisprudenza, per l'interpretazione estensiva del criterio del pregiudizio ai fini della partecipazione cfr. *ex multis* TAR Campania, Napoli, sez. III, n. 4442 del 27 novembre 2000; sez. IV, n. 2082 del 6 marzo 2003; TAR Veneto, sez. III, n. 3258 del 10 settembre 2004; TAR Piemonte, sez. I, n. 2022 del 10 maggio 2006.

²²Le due differenti modalità partecipative, che si ritrovano in particolare nella legislazione urbanistica, hanno infatti portato la giurisprudenza ad affermare che per le osservazioni, stante il loro carattere collaborativo, non è necessaria una specifica confutazione di tutte le argomentazioni sollevate, essendo sufficiente una generica motivazione che dia conto di averle tenute in considerazione (Cons. St., ad. plen., n. 1 del 13 gennaio 1981; n. 1 del 9 marzo 1983, nonché *ex multis* Cons. St., sez. VI, n. 2653 del 16 maggio 2013; n. 854 del 17 febbraio 2012; TAR Lazio, sez. II, n. 7196 del 13 settembre 2011; una motivazione più rigorosa è invece richiesta da altro indirizzo giurisprudenziale: cfr. ad es. Cons. St., sez. IV, n. 3559 del 7 giugno 2004; Cons. giust. amm. Reg. sic., n. 451 del 30 giugno 2011). In dottrina cfr. S. LESSONA, *Opposizione (dir. amm.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 1055 ss.; nonché P. STELLA RICHTER, *Opposizione*, cit., p. 526 ss., che nega valore concettuale a tale distinzione. Ritengono che la diversa denominazione degli interventi non comporti una differente qualificazione degli stessi anche G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, cit., pp. 103-104, n. 20; G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, cit., p. 73 ss.; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., p. 233 ss. Per le opinioni dottrinali in merito cfr. in generale S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, cit., p. 72 ss. Sul punto S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, cit., p. 47 ss., esaminando il superamento nell'ordinamento tedesco della dicotomia tra partecipazione collaborativa e partecipazione ai fini della tutela (su cui si vedano in particolare P. LERCHE, *Großtechnik und Grundrechte*, in *Atomwirts-*

mento può dirsi aver rappresentato nient'altro che il fallimento del tentativo di strutturare in una compiuta dicotomia la partecipazione in funzione garantistica e la partecipazione in funzione collaborativa (e quindi di distinguere, per utilizzare la terminologia tradizionale, tra 'partecipazione' e 'contraddittorio'²³).

Una prospettiva, quella appena descritta, che invero, anche a prescindere dalla diversa chiave di lettura del fenomeno che è stata data alla luce dell'evoluto quadro ordinamentale, si rivela maggiormente aderente alle molteplici sfaccettature della realtà, per cui la ricerca di un punto di equilibrio tra collaborazione e garanzia non può prescindere dalla generale constatazione che la propensione verso l'una o l'altra caratteristica non dipende unicamente dall'impostazione teorica adottata, ma riflette anche il concreto atteggiarsi della singola fattispecie, in cui il momento di conflittualità tra interessi in gioco può risultare più o meno marcato.

In questo quadro, la dottrina, per oltre un decennio dall'entrata in vigore della legge, si è preoccupata di indagare sull'effettivo valore che la partecipa-

chaft, 1982, pp. 392-393; W. SCHMITT GLAESER, *Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung*, in P. LERCHE, W. SCHMITT GLAESER, E. SCHMIDT-ARMANN, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, Heidelberg, 1984, p. 48 ss.), rilevava (pp. 62-63) che "l'istituto delle "osservazioni" (configurato come apporto collaborativo del cittadino) e delle "opposizioni" (configurate *esclusivamente* come mezzo di tutela procedimentale dei diritti dei proprietari) predetermini automaticamente la veste di chi partecipa: dettando una *preconcetta inidoneità o idoneità ad essere lesi* in una propria situazione, e attribuendo sufficienza ad una motivazione che, secondo il nostro Consiglio di Stato, può essere "sintetica" in ordine al rigetto delle osservazioni" (corsivo testuale). In generale poi sul problema della partecipazione ai procedimenti di pianificazione si veda G. SCIULLO, *Pianificazione amministrativa e partecipazione*, I, *I procedimenti*, Milano, 1984.

²³ Cfr. in proposito 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., p. 312 ss.

Ancora di recente faceva riferimento ad una contrapposizione tra le due forme di partecipazione A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, spec. pp. 246 ss. e 260 ss., per sostenere la tesi secondo cui la legittimazione alla partecipazione al procedimento amministrativo per i titolari di interessi diffusi, siano essi formazioni sociali o singoli che dalla soddisfazione dell'interesse diffuso traggano vantaggio, sarebbe stata determinata, per le prime, dalla funzione da esse svolta (su cui i rilievi di cui alle p. 184 ss.), e, per i secondi, dalla circostanza che comunque l'azione volta alla loro realizzazione si tradurrebbe nell'esercizio della stessa funzione svolta dall'Amministrazione agente. Secondo l'A., questo tipo di partecipazione, che si connoterebbe in senso prettamente collaborativo, avrebbe dovuto ritenersi di regola ammessa, e, con riguardo alle formazioni sociali, non avrebbe potuto essere esclusa neppure in via legislativa stante il suo fondamento su principi di carattere costituzionale. Mentre l'intervento dei privati titolari di interessi di indole individuale, caratterizzandosi per la sua natura eminentemente garantistica, non avrebbe trovato, come tale, fondamento di ordine generale (al di fuori, cioè, di specifiche disposizioni legislative) salvo il caso in cui esso non si fosse rilevato necessario ai fini istruttori, ben potendo, il privato, trovare tutela nella successiva sede giurisdizionale.

zione amministrativa ha assunto, di fatto rimodulando il rapporto tra il carattere collaborativo e il carattere di garanzia insito nella stessa.

In effetti, nella nuova prospettiva che si è venuta a delineare a seguito dell'adozione della disciplina generale sul procedimento, da un lato la funzione di garanzia tende ora a risolvere il momento conflittuale nella paritarietà delle diverse posizioni e della loro definizione in ambito procedimentale, svalutando il carattere prettamente difensivo proprio di una posizione subordinata a quella dell'autorità; dall'altro, la funzione collaborativa non sottende più, nel carattere appunto di collaborazione, la necessaria subordinazione dell'interesse del privato all'interesse pubblico, ma sottolinea piuttosto la primazia del ruolo dell'Amministrazione nello svolgimento dell'azione procedimentale, nella quale la (eventuale) conflittualità tende a risolversi. E a tal proposito non sarà inutile evidenziare che quella stessa dottrina di cui sopra si è fatta menzione ha proposto, di recente, una revisione della tripartizione a suo tempo formulata²⁴.

In generale, può dirsi che le caratteristiche finora descritte hanno fatto sì che le diverse impostazioni che si sono fronteggiate in dottrina abbiano assunto posizioni sfumate e non pienamente coincidenti tra loro anche all'interno del medesimo filone concettuale.

Tuttavia, sotto un profilo metodologico, ciò non comporta l'impossibilità di un confronto tra le varie tesi attraverso la loro ascrizione alle due alternative considerate, sia perché è dato riscontrare in esse caratteri tali da permettere di costruire due impostazioni teoricamente contrapposte, sia perché gli stessi autori che dette tesi hanno sostenuto solitamente hanno espresso in modo esplicito la loro adesione ad una prospettiva collaborativa ovvero, all'opposto, ad una prospettiva garantista della partecipazione.

Al riguardo, è peraltro da sottolineare che questo profilo, quello, cioè, del ruolo della partecipazione, non risulta sempre centrale nelle riflessioni degli studiosi. Anzi, può evidenziarsi come l'estrema varietà di tesi sul punto sia frutto proprio della diversità di approcci sul tema²⁵. Così, in molti casi l'attenzione è stata posta, piuttosto che sui modelli di partecipazione, sulla questione con-

²⁴In S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 14, l'illustre A. distingue tre tipologie di approcci alla partecipazione, il primo per consentire all'Amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi sui quali deve basare le sue scelte, il secondo per garantire la difesa del privato, il terzo per assicurare il coinvolgimento della società civile al processo decisionale, specificando, in nota, che "la tripartizione è formulata in termini diversi" nel saggio del 1970, e inoltre (p. 39) che nonostante la partecipazione concepita in funzione della più efficace azione amministrativa sia in funzione di quest'ultima, essa, in realtà "può servire al cittadino più che all'amministrazione".

²⁵Concorde sul punto anche F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 18, n. 16.

cernente le situazioni soggettive che scaturiscono dal procedimento²⁶, e da essa si sono poi ricavate conseguenze sul piano della struttura procedimentale; cosicché il caratterizzarsi della relazione tra funzione della partecipazione e struttura del procedimento è stato spesso determinato dalla particolare impostazione adottata in merito agli interessi procedimentali.

Ad ogni modo, può dirsi che secondo un primo ordine di idee, che potremmo definire garantista in senso ampio, la funzione della partecipazione si esplicherebbe nel permettere ai soggetti privati la rappresentazione in contraddittorio dei propri interessi, potenzialmente confliggenti con quelli dell'Amministrazione procedente, in ambito procedimentale, al fine di influire sulla determinazione finale dell'autorità amministrativa. Come detto, questa impostazione è passata in generale da una prospettiva volta a valorizzare il momento di forte contrapposizione tra interesse pubblico e interessi privati ad una diversa visione 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 della funzione amministrativa si pone in un'ottica di tendenziale codecisione attraverso la partecipazione del privato al farsi della decisione amministrativa²⁷.

²⁶La categoria degli interessi procedimentali, come noto, ha trovato un'elaborazione a partire da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, ora in *Scritti*, V, Milano, 2004, p. 275 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 926, quali situazioni soggettive strumentali, autonome dall'interesse legittimo. L'autonomia di tale figura non fu però in generale accettata (cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., p. 21; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 300, n. 80, secondo cui, in mancanza di una disciplina della partecipazione del privato all'azione amministrativa, la posizione di quest'ultimo non si sarebbe potuta trasferire sui rapporti tipici della procedura; lo stesso M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 929, affermava che il modulo di tutela degli interessi procedimentali era quello degli interessi legittimi) e in generale fu messa in discussione da chi ha configurato gli interessi procedimentali come facoltà che tipicamente attengono, nel procedimento amministrativo, allo stesso interesse legittimo: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1994, p. 114; F.G. COCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 34; per cui non vi sarebbe alcuna necessità di tale classificazione, giacché *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*: S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, p. 1923. Dopo l'adozione della l. n. 241/1990, la dottrina si è divisa tra chi ha continuato a considerare le situazioni procedimentali quali appunto facoltà inerenti agli interessi legittimi, chi le ha configurate come veri e propri diritti soggettivi, e chi come interessi c.d. partecipativi: sul punto, per le varie ricostruzioni, cfr. *infra*, cap. IV, par. 9. Per una disamina generale delle varie impostazioni dottrinali sulle situazioni giuridiche procedimentali si rimanda in ogni caso a M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 133 ss.

²⁷Cfr. G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 488, 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.

Logica conseguenza di questa impostazione è la strutturazione del procedimento ‘come processo’²⁸, e la configurazione di un rapporto, appunto procedimentale, tra le parti, pubbliche e private²⁹.

Rientra in questa categoria la tesi di chi, nell’affermare la natura di 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 privato³⁰.

In quest’ottica, il momento politico della scelta si viene a determinare nella fase pre-procedimentale, attraverso una ‘proposta di decisione’, corrispondente all’atto di iniziativa, sia esso proveniente dall’Amministrazione per i procedimenti da iniziarsi d’ufficio ovvero dal privato per quelli ad istanza di parte³¹.

²⁸ Su cui ampiamente *infra*, al paragrafo successivo.

²⁹ Cfr. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 163 ss.; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, *passim*; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 130 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 566 ss.; V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell’agire amministrativo*, Padova, 2007, spec. p. 78 ss.

Secondo S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, p. 291 ss., peraltro, una volta risolta la partecipazione nella collaborazione e aver strutturato la relazione tra privato e P.A. come (p. 342) “oggettivamente collaborativa”, perché (p. 354) il privato deve collaborare nel suo interesse, anche se in contrasto con il progetto di decisione dell’Amministrazione, e la P.A. deve collaborare perché così gli impongono i principi dell’ordinamento (per tale tesi cfr. ampiamente *infra*), sarebbe possibile concepire (p. 355 ss.) un rapporto giuridico procedimentale improntato sul dato oggettivamente collaborativo, il quale ne connota appunto la giuridicità in quanto “espressione qualificante del dovere di solidarietà sociale, del dovere di rispetto e promozione della persona e della strutturazione costituzionale dell’amministrazione alla stregua di ‘servizio’ al cittadino”.

³⁰ A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

³¹ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 77 ss.

Tale impostazione fa esplicito riferimento al concetto di “problema amministrativo” espresso da F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., pp. 339-340, per cui “l’interessato può direttamente fissare i termini essenziali d’un problema, come tipicamente avviene quando il procedimento debba far seguito ad un’istanza già per se stessa indicativa di fatti, d’interessi, di dati normativi; in questo caso incomberà all’amministrazione l’onere o dovere di problematizzare ulteriormente il tema attraverso l’inserimento di altri dati. Ma, soprattutto, l’interessato può modificare la situazione inizialmente delineata dall’amministrazione stessa rappresentando fatti ed elementi, che a quella situazione siano riferibili; e che quindi si introducono pur essi in un unico contesto problematico per essere vagliati nella loro effettività e significanza (...). Or ciò equivale a dire che anche l’istante o interventore può disporre o dispone del problema amministrativo, in quanto contribuisce con una propria attività a determinare la materia che dovrà essere sottoposta a esame critico”, cosicché “l’interventore è in grado di predeterminare almeno parzialmente l’andamento del processo decisionale attraverso assunzioni e allegazioni che possono essere utilizzate o disattese soltanto in seguito alle più appropriate operazioni di riscontro” (corsivo testuale).

Nella fase successiva, la fase procedimentale in senso stretto, vi è la verifica della fondatezza della proposta di decisione (auto-verificazione ovvero etero-verificazione a seconda della differente iniziativa procedimentale)³². Questa fase è caratterizzata dalla parità tra parte privata e P.A., in quanto la decisione si viene a determinare attraverso il loro confronto dialettico³³, e coincide, nel suo farsi dinamico, con l'istruttoria³⁴. Essa si distingue a sua volta dalla successiva fase 'provvedimentale', ove tale parità non sussiste, e la decisione assunta nella fase procedimentale viene elevata a regola produttiva di effetti ad opera del soggetto titolare del potere, a dire l'Amministrazione procedente³⁵.

La tesi – che nella configurazione delle pretese partecipative come diritti soggettivi è tributaria a quella dottrina che aveva configurato come tale il diritto al provvedimento³⁶, e che a sua volta assumerà un ruolo rilevante nella successive teorizzazioni degli interessi procedimentali – 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 procedimento³⁷, inteso nel senso sopra riferito.

Tale impostazione è stata invero sottoposta ad autorevoli critiche, sul presupposto, innegabile, che la decisione finale rimane comunque riservata alla P.A., non solo da un punto di vista formale, ma anche sotto il profilo sostanziale, atteso che “solo all'Amministrazione spetta stabilire la regola del giudizio e l'ordine di prevalenza fra i vari interessi in gioco”³⁸.

³² A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 95 ss.

³³ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 129, secondo cui “l'azione amministrativa che si svolge nella fase procedimentale in senso stretto, che è volta alla determinazione della decisione, può, a buon diritto, essere riguardata non come esplicitazione di una posizione di supremazia, ma come estrinsecazione di una capacità di agire (sempre naturalmente in vista della cura dell'interesse pubblico) di natura non diversa rispetto a quella che l'ordinamento attribuisce ai soggetti privati in esso presenti e operanti”.

³⁴ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 133.

Si riprende in tal modo la tesi tedesca del provvedimento come riepilogo preformato del procedimento, su cui cfr. W. SCHMITT GLAESER, *Pretese, speranze e realizzazioni. Il procedimento amministrativo e la sua legge – un'osservazione introduttiva*, in A. MASUCCI (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania*, Napoli, 1979, p. 377 ss., spec. p. 428, nonché W. BROHM, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *VVDStRL*, 30, 1972, p. 290.

³⁵ A. ZITO, *op. ult. cit.*, pp. 76 e 116 ss.

³⁶ Il riferimento è a M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, *passim*; sul punto cfr. *infra*, cap. IV, par. 9.

³⁷ Cfr. quanto affermato dallo stesso A. ZITO, *op. ult. cit.*, pp. 110-111.

³⁸ A. TRAVI, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto. (A proposito*

Ed in effetti, la tesi appena descritta, così come le altre che hanno tentato di strutturare il procedimento amministrativo valorizzando il contraddittorio tra le parti³⁹, anche nel momento decisorio, che la partecipazione permetterebbe, scontano tutte un problema di fondo, legato appunto alla circostanza che la decisione finale è comunque assunta dall'Amministrazione. Cosicché, per risolvere tale problematica, esse devono necessariamente optare per una delle seguenti alternative: o configurare il fenomeno procedimentale in chiave di tendenziale codecisione, così risolvendo di fatto la fase decisorio in quella istruttoria; ovvero strutturare una procedura in contraddittorio che tenga conto del ruolo peculiare dell'Amministrazione; ovvero ancora isolare i momenti di conflittualità che si verificano durante l'azione amministrativa, e limitare ad essi le considerazioni inerenti ad una struttura procedimentale improntata sulla prospettazione paritaria dei differenti interessi delle parti.

Né la prima né la terza opzione, a ben vedere, appaiono risolutive.

La logica della contitolarità del potere decisorio si presta infatti alla già riferita obiezione per cui, ancorché sia innegabile che le valutazioni compiute durante la fase istruttoria partecipino già della decisione che si verrà a determinare⁴⁰, la scelta finale è comunque compiuta dall'autorità procedente. Considera-

di due contributi di Duret e di Zito), in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 543-544. Cfr. anche F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, cit., pp. 34-36; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., pp. 13-14 e 33; ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, cit., p. 255 ss.; nonché in generale F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., p. 347 ss., che sottolinea come l'Amministrazione 'si appropri' dell'apporto del privato attraverso un'attività di controllo e rielaborazione, riservata necessariamente ad essa per un principio istituzionale di responsabilità giuridica (cfr. il passaggio riportato *infra* in nota).

Avvertiva A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., p. 456, come nell'affermazione oggettivistica della funzione e nella processualizzazione dell'attività (su cui ampiamente *infra*) vi sia il rischio che il ruolo dell'autorità decidente tenda a scomparire, "a ridursi a quello di un mero trascrittore delle risultanze evidenziate dal procedimento nel suo meccanico articolarsi".

³⁹Cfr. in particolare A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 51 ss., secondo cui la disciplina del procedimento sarebbe improntata essenzialmente alle regole di garanzia del diritto di difesa e al contraddittorio, secondo lo schema proprio del processo: esse troverebbero applicazione nel procedimento amministrativo in ragione della configurabilità di un rapporto paritario tra parte pubblica e parti private, sulla base della circostanza che l'Amministrazione non si presenta nel procedimento come titolare di un interesse già definito *a priori*, cosicché "la decisione finale si risolve nella formulazione di un giudizio di sintesi, commisurato e verificabile in termini di logicità e di coerenza rispetto agli interessi acquisiti e ai fatti accertati nel corso del procedimento".

⁴⁰Sul punto si vedano, tra gli altri, M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 15; G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 488, che considera la "continuità fra momento istruttoria e momento decisionale finale"; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di par-*