

La partecipazione al procedimento quale fonte di legittimazione dell'uso del potere amministrativo

di Mario R. Spasiano*

SOMMARIO: 1. Le ragioni “storiche” della lenta e tardiva affermazione della condivisione dell’esercizio della funzione pubblica nell’ordinamento italiano – 2. Genesi della partecipazione procedimentale nella L. 241 del 1990: il suo carattere sostanzialmente oppositivo – 3. La partecipazione, fonte di legittimazione dell’esercizio del potere pubblico.

1. Le ragioni “storiche” della lenta e tardiva affermazione della condivisione dell’esercizio della funzione pubblica nell’ordinamento italiano

L’anno 1990 sarà di certo ricordato nella storia del diritto pubblico italiano per essere stato quello nel quale il legislatore, *ob torto collo*, si decise non solo a dar vita ad interventi normativi volti in qualche modo a recuperare la propria credibilità agli occhi dell’opinione pubblica, ma anche ad offrire l’immagine di un potere politico alla ricerca di un nuovo rapporto con l’elettorato, nel tentativo di far sentire quest’ultimo parte necessaria di un sistema che a lungo aveva invero per lo più relegato i cittadini in una condizione di assoluta soggezione nei suoi riguardi.

Negli anni ’80 dello scorso secolo, l’azione pressante portata avanti dalla magistratura inquirente aveva completamente delegittimato il sistema dei partiti o almeno di larga parte di essi così determinando, tra le altre conseguenze, il venir meno del principale anello di mediazione tra amministrati, da un lato, e amministratori (partiti e anche sindacati), dall’altro. L’amministrazione, per dirla con le felici parole di Giorgio Berti, era ridotta a “*figlia del potere politico, anzi la più cara delle figlie di quel potere*”, ben lontana dalla prospettiva di quella struttura simbolo della “*operosità reciproca e socializzante delle libertà*”, quello “*stare insieme ... per utilizzare beni o cose secondo un intento di beneficio comune e di cooperazione*”¹.

Invero, sin dalla sua instaurazione, l’ordinamento repubblicano era rima-

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli.

¹ G. BERTI, *Vecchia amministrazione e nuove opinioni*, in *Jus* 1990, 205 s.

sto connotato per un tasso di differenziazione linguistica, etnica e religiosa assolutamente trascurabile, tanto più se confrontato a Paesi come la Francia, la Gran Bretagna, per non dire gli Stati Uniti, da tempo connotati da forti ondate immigratorie e da forti influenze culturali extra-territoriali. In Italia, le comunità organizzate, espressive di minoranze, erano rimaste numericamente e culturalmente a bassa incidenza². Questa condizione aveva teso a limitare gli spazi gestiti da corpi intermedi – e dunque la spinta partecipativa proveniente dalla società – ad eccezione di quei soggetti (ancora partiti e sindacati) che, originariamente pensati quali canali di raccolta e trasmissione di bisogni sociali nelle sedi istituzionali, avevano invero finito col consolidare prassi di patologica cogestione, in una pressoché assoluta simbiosi tra potere politico e amministrazione³, vero e proprio nodo gordiano del sistema pubblico, in buona misura tuttora irrisolto⁴.

Sotto ulteriore, connesso profilo, la evidenza dei bisogni primari presenti nella società, il loro carattere durevole e monolitico unitamente alla rara interferenza (conflittuale) tra interessi pubblici rendevano per lo più la norma di legge, strumento adeguato a soddisfare le esigenze del caso ed a definire, ove necessario, scale gerarchiche di priorità: all'amministrazione, il compito di dare esecuzione ai disposti normativi per lo più autosufficienti alla regolazione. Ma allorché alla fine degli anni '60 dello scorso secolo cominciò a prender piede anche in Italia il fenomeno espansivo dei gruppi intermedi, frutto di nuove e diffuse sensibilità culturali e sociali nei riguardi di interessi emergenti nonché del conseguente spontaneismo aggregativo e organizzativo della società, svincolato (ma solo temporaneamente) da influenze e condizionamenti politici, lo Stato non tardò a manifestare la sua istintiva avversione o

² Per una ricostruzione anche storica del tema, sia permesso rinviare a M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, Napoli, 1996, *passim*.

³ P. RIDOLA, voce *Partiti politici*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 77 ss.; F. Pizzetti, *Partiti politici, sindacati e altre formazioni sociali*, in *Justitia* 1984, 125 ss.; G. Pasquino, *Istituzioni, partiti, lobbies*, Roma-Bari, 1988.

⁴ E. CASSETTA, nel lavoro *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.* 1993, 4, sottolineava lo stravolgimento dei compiti assegnati ai partiti politici dalla Costituzione, “costituitisi in gruppi di potere tendenti con mezzi leciti, e talvolta purtroppo illeciti, a conservarlo, ad accrescerlo o a conquistarlo con una logica di sviluppo che mira ad occupare sempre nuove posizioni, anche se è pur vero, ma è magra consolazione, che – come è stato notato (G. Guarino) – in sistemi di tipo autoritario la classe politica ha assai meno bisogno di espandersi, perché si è ormai appropriata di tutto”. Sul tema, cfr. M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, 57 ss., Napoli, 2010.

quantomeno il suo sospetto riguardo al fenomeno, condizione che lo indusse a reagire persino con impeto normativo⁵ nel tentativo di inglobare le nuove soggettività, con le loro “anomale” (per l’epoca) rivendicazioni, nell’alveo del tessuto connettivo istituzionale. E così, infatti, esso scelse la via di assorbire all’interno delle proprie articolazioni organizzative, la spinta di quei corpi extra-istituzionali e lo fece mediante una serie di interventi volti a irreggimentare il fenomeno mediante una “rassicurante” azione di assorbimento: basti al riguardo pensare al D.P.R. n. 416 del 1974, con gli organi collegiali della scuola, che costituì la risposta alle relative istanze partecipative di studenti, famiglie ecc.; allo Statuto dei lavoratori, con la l. 300 del 1970 e le previste forme di etero-regolamentazione dei rapporti interni dell’impresa; con la nuova disciplina del diritto di famiglia, l. 151 del 1975 e così via.

La giustificazione di quella reazione fu indicata in quella che veniva fatta passare quale volontà del potere pubblico di preservare la forma democratica anche all’interno delle inedite formazioni sociali, così conformando le istanze partecipative ai principi del dettato costituzionale⁶. La realtà era ben diversa: si trattava chiaramente del tentativo di instaurare forme di penetrante vigilanza e persino di svuotamento dall’interno delle ambizioni di autonomia delle soggettività emergenti⁷. Insomma, il fine di far liberamente crescere l’identità di organismi nuovi e spontanei di una società che voleva (finalmente) appropriarsi della propria dimensione sociale e politica, affrancandosi dalle tradizionali esigenze di mediazione partitico-sindacale, veniva sostanzialmente represso con la chiusura di qualsiasi spazio atto a legittimare reali forme di compartecipazione alla gestione della cosa pubblica⁸.

Nel contempo, piuttosto, tornavano alla ribalta altri meccanismi di presenza nelle istituzioni di rappresentanze ad esse esterne, ancora una volta riservate al tradizionale duopolio partiti-sindacati, persino in contesti che avrebbero chiaramente richiesto la presenza di competenze professionali e non di contributi di altra natura, per lo più strumenti di ingerenze indebite a finalità lottizzatoria⁹.

⁵ In termini, cfr. V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della p.a.*, in *Scritti in onore di Mortati*, II, Milano 1987, 30 ss.

⁶ Sul punto, cfr. E. CHELI, *La persona e le istituzioni*, 2011, in *Astrid-online.it*.

⁷ Sul tema, cfr. P. RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, in *Persona e comunità*, Bologna 1966, 68 ss.; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano 1978, 1572 ss.

⁸ E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova 1989, 85 ss.

⁹ La vicenda emblematica, fra le tante, della composizione delle commissioni di

A partire dalla metà degli anni '70 del Novecento, nonostante tutto, la complessità delle relazioni sociali, sia pubbliche che private, sospinta anche – come rilevato – dalla diffusione di sensibilità sociali e culturali verso contesti di inedito interesse quali, a titolo esemplificativo, l'ambiente, la sanità, i beni culturali, l'assistenza sociale, la difesa del consumatore, crebbe a dismisura e al pari di essa andarono affermandosi bisogni che rivendicavano autonome forme di rappresentanza, al di fuori del tradizionale schema delle consolidate (quanto degradate) forme di mediazione.

Il processo continuò a crescere e ad affermarsi tra molti contrasti di varia natura, per lo più di natura normativa, ma fu sostenuto, grazie alla applicazione diretta di principi costituzionali, da una giurisprudenza sensibile alle sollecitazioni, sospinta anche dalla allora recente (tardiva), istituzione dei tribunali amministrativi regionali.

Negli ultimi decenni, poi, come noto, la capacità aggregativa di grandi interessi economici ha costituito la più efficace forma di influenza sulla pubblica amministrazione dando vita a gruppi di potere, lobby¹⁰ e consorterie in grado di influenzare in modo penetrante le decisioni di organi e istituzioni¹¹.

concorso per l'assunzione di medici, fu eclatante. La disciplina legislativa impugnata prevedeva che di quegli organi di valutazione potessero far parte anche rappresentanti di forze sindacali. La questione finì innanzi alla Corte Costituzionale che naturalmente ne dichiarò l'illegittimità in considerazione della *ratio* propria della composizione di organi di valutazione concorsuale che, nella specie, era unicamente quello di verificare la qualificazione professionale di concorrenti medici. A tanto si adeguò finalmente il legislatore con l'art. 35, comma 3, lett. 3, del D. Lgs. n. 165 del 2001, con il quale dispose che tra i principi ai quali conformare le procedure di reclutamento vi fosse quello che delle relative commissioni giudicatrici non facessero parte né componenti di organi di direzione politica dell'amministrazione, né titolari di cariche politiche, né rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o da associazioni professionali.

¹⁰ Sul tema delle lobby, per dovizia di indagine si rinvia a A. PRITONI, *Politica e interessi, Il lobbying nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2021.

¹¹ Secondo M. NIGRO, in *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 1996, 981 ss., la nozione di formazione sociale che deriva dal testo costituzionale deve estendersi a tutti quei gruppi “che hanno in comune qualcosa (idealità o interessi) e ne sono, ad un qualunque livello, consapevoli”. Tra questi, “le élites ed il raggruppamento delle élites, i gruppi di pressione, di stimolo e di propaganda, la categoria degli imprenditori di imprese, gli enti pubblici, in quanto si pongono come corpi o addirittura come grandi corpi, comprendendo fra essi anche le amministrazioni con ruolo o intento egemonico (Interni, Esteri), la stessa burocrazia nel suo complesso o nelle sue grandi ripartizioni?”.

A. ROMANO, nel suo noto lavoro *Il cittadino e la p.a.*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Milano 1987, 531 ss., rilevava come “La partecipazione all'organizzazione amministrativa

Fenomeno complesso ed eterogeneo, di certo non solo italiano, ben affermato e anche disciplinato¹² in numerosi ordinamenti stranieri, oltre che in quello euro-unitario.

In tale contesto, una nota costante continua a connotare l'esercizio delle funzioni pubbliche, ossia la crescente complessità degli interessi sottoposti alla loro azione¹³, la sempre più stretta connessione tra questi ultimi, la costante emersione di nuovi e non disciplinati bisogni (o diritti¹⁴), già recepiti da norme di legge o anche solo affermati dalla giurisprudenza¹⁵, la cui tutela non può essere trascurata dalla pubblica amministrazione.

Peraltro, lo sviluppo della scienza e della tecnica, la cui velocità risulta assolutamente superiore rispetto a quella del legislatore e dell'amministrazione, impegna i poteri pubblici in una continua opera di adeguamento delle proprie determinazioni, alla ricerca della definizione di quella che da ultimo anche il legislatore, con l'art. 1, comma 4, del d. lgs. n. 36/2023, ha dovuto definire "la regola del caso"¹⁶, corollario del principio di risultato: una regola che implica, da parte dell'amministrazione, una preventiva, necessaria azione di raccolta e di mediazione tra interessi di varia natura, individuati in sede procedimentale, interessi che non provengono solo dalle indicazioni di disposizioni legislative, ma che emergono quale portato di istruttorie connesse ad una vasta, articolata e persino multiforme partecipazione che impone la ricerca di punti di mediazione non semplici da definire. L'equilibrio tra tutti

che si è sviluppata in questi decenni è stata quella e solo quella, che ha reso possibile il carattere fortemente corporativizzato della nostra società". Sul tema, F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1977, 1629 ss.

¹² Presso il Parlamento italiano è in discussione un d.d.l. sul fenomeno lobbying, già approvato dalla Camera in data 12 gennaio 2022. L'iniziativa parlamentare, che segue a molte altre proposte, appare di relativa incidenza nei confronti di fenomeni corruttivi.

¹³ Al riguardo, in tema di legalità senza legge, il riferimento al fondamentale volume di G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano 1993, *passim*, appare d'obbligo.

¹⁴ Sulla invasione di nuovi diritti affermati in giurisprudenza, G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Riv. Ass. Ital. Costituz.* 2/2019, 156 ss.

¹⁵ Sulla funzione creatrice della giurisprudenza, si rinvia a G. GRECO, *Certezza del diritto e giurisprudenza creativa*, in *Scritti in onore di Enrico Folliero*, in *Riv. Dir. e proc. ammin.* Napoli, 2018.

¹⁶ Sulla regola del caso, sia consentito il rinvio a M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 29 ss. In precedenza, dello stesso A., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Riv. Dir. Amm.* 2000, 131 ss.

quegli interessi, come osserva il Consiglio di Stato¹⁷ “è ormai necessariamente mobile e dinamico e deve essere ricercato tanto dal legislatore nella statuizione delle norme, quanto dall'amministrazione in sede procedimentale secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza”: quasi a riconoscimento che l'amministrazione ha ormai cambiato i propri compiti e persino le proprie funzioni, nel silenzio del sistema di diritto positivo.

2. *Genesi della partecipazione procedimentale nella L. 241 del 1990: il suo carattere sostanzialmente oppositivo*

Quando entrò in vigore la l. 7 agosto 1990, n. 241, la società italiana veniva fuori, tra l'altro, da due fenomeni di notevole portata politica e sociale: il terrorismo, da un lato; la fine dei tradizionali partiti, spazzati via dalle inchieste della magistratura, come già ricordato, dall'altro.

A quei fenomeni, si era inoltre affiancata, nel 1989, un'ulteriore circostanza: la nascita di un nuovo partito, la *Lega Nord per l'indipendenza della Padania*, generato – come noto – dalla federazione di movimenti regionalisti attivi nell'Italia settentrionale che puntava su forti spinte autonomistiche mediante una organizzazione capillare sui territori, avente carattere fortemente partecipativo. I cittadini delle aree di riferimento venivano chiamati a sentirsi e ad essere partecipi di un progetto politico che intendeva sovvertire la realtà e il futuro dell'intero Paese ponendo fine a quella condizione che veniva avvertita quale forma di (ingiustificato) assistenzialismo che imponeva alle Regioni del Nord Italia di riversare una quota rilevante del proprio prelievo fiscale

¹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, ove tra l'altro si afferma: “Negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assoluta verità per nessuno di essi. Così come per i ‘diritti’ (sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013), anche per gli ‘interessi’ di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Carta garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere «sistemica» e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca.

La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione ‘totalizzante’ come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto.

Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza”.

per favorire gli sperperi perpetuati nel Sud (sono ben note le contraddittorie vicende e le contrastanti analisi al riguardo).

Fu la novità e la concomitanza di quelle condizioni, in una alle prime forti affermazioni elettorali della nuova formazione politica, a spingere il Parlamento a rimuovere reticenze ed a rispondere con l'approvazione di due importanti riforme che avrebbero dovuto offrire – come si è fatto cenno – un contributo in termini di riconquista del consenso: la l. 142 dell'8 giugno 1990, sull'ordinamento delle autonomie locali e la l. n. 241 del 7 agosto 1990, sul procedimento amministrativo.

Per lunghi anni quelle stesse riforme erano rimaste in fase di gestazione in quanto fortemente avversate dal potere statale centrale, restio a concedere spazi a enti locali, da un lato, e a nuovi diritti per la cittadinanza, dall'altro. Le ragioni della ostilità venivano radicate su argomenti evidentemente pretestuosi quali quello che una forma di organizzazione aperta all'apporto degli amministrati avrebbe potuto comportare un insopportabile aggravio dei tempi di esercizio delle funzioni pubbliche, con ulteriori danni all'efficacia dell'azione amministrativa; e quello che una diversa organizzazione degli enti locali avrebbe prodotto un incremento eccessivo del loro potere amministrativo a discapito dello Stato e soprattutto delle Regioni, istituite da soli venti anni nonostante la loro previsione risalisse al testo costituzionale.

Nel venire in particolare alla l. 241 del 1990, la sua entrata in vigore avvenne senza fare scalpore, in sordina, in ciò agevolata anche dalla data della sua approvazione (7 agosto).

Come noto, la dottrina italiana si era da tempo occupata di procedimento amministrativo, almeno a partire dagli anni '30 del Novecento, ma il tema aveva continuato ad essere studiato in termini puramente formali, secondo il metodo proprio della pandettistica, vale a dire sotto il profilo dei tipi di collegamento che si instauravano tra gli atti da cui sarebbe scaturita la volontà finale dell'amministrazione (provvedimento). Nessuno o scarso interesse era stato dedicato al profilo di come tale volontà si sarebbe formata dal punto di vista sostanziale: su quali prove, su quali accertamenti preliminari, su quali progetti e quali previsioni di risultato¹⁸.

L'unico problema fortemente discusso in dottrina risultava essere la motivazione del provvedimento.

¹⁸ F. SATTI, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Aperta contrada*, www.apertacontrada.it, 12 gennaio 2010.

Come noto, fu Forti¹⁹ a cercare di spezzare la logica pandettistica del collegamento tra atti. E se Giannini nel 1939, aveva provato a configurare il procedimento amministrativo in termini di raccordo tra pluralità di interessi pubblici e privati, senza tuttavia pervenire alla elaborazione di un sistema, la ben nota e originale opera di A.M. Sandulli, nel 1940, articolato il percorso procedimentale secondo fasi funzionalizzate all'assunzione di una determinazione finale, non ne tracciò il relativo contenuto occupandosi piuttosto della relativa scansione. Il lavoro di Sandulli esaurì per molti anni differenti o comunque complementari approcci al tema²⁰.

Fu F. Benvenuti, verso la fine degli anni Quaranta del Novecento, a proporre la ricostruzione del procedimento amministrativo quale garanzia e forma della funzione, ma anche egli non si addentrò nella sostanza dei rapporti tra interessi emergenti in quella istruttoria²¹.

Scarsa incisività ebbero peraltro gli studi di diritto comparato in tema di partecipazione ai procedimenti, comparsi ben prima della legge n. 241 del 1990, ancorché negli stessi (specie nel panorama USA e in quello dei Paesi del Nord Europa) vi fossero interessanti spunti in termini di strumento di coinvolgimento degli interessati all'azione amministrativa²².

In effetti quando venne alla luce la l. 241, essa, nonostante il lavoro

¹⁹ U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, I, Padova 1931, 455 ss. Inoltre, G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro It.* 1933, I, 297. M.P. CHITI, *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo. Il periodo 1943-1947*, in *Istituz. del Federalismo*, 2020, 3, 721 ss.; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 531 ss.

²⁰ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940. M.P. Chiti, nel suo saggio *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo. Il periodo 1943-1947* op. cit., 723, rileva come ancora nel 1939, la voce "Procedimento amministrativo" del *Nuovo Digesto Italiano* (Torino, X, 527) scritta da O. Ranalletti e A. Amorth trattava del tema in termini principalmente processuali.

Nel 1939, M.S. GIANNINI, nel *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, *passim*,

²¹ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 126 ss.; inoltre, dello stesso A., *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, XI, Vicenza, 1964, 539 ss.

²² Ci si riferisce agli studi di G. Ghezzi risalenti al 1971, ripresi nel volume *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, *Atti del Convegno* organizzato dal Centro Studi in diritto del lavoro G. Ghezzi e F. Mancini (a cura di C. ZOLI), in collaborazione con l'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo – Università degli Studi di Bologna, 18 giugno 2014, Torino, 2015.

della *Commissione Nigro*, durato anni, non fu preceduta da un ampio dibattito e soprattutto fu per lo più presa in considerazione per l'inedito strumento di accesso agli atti riservato ai destinatari dei provvedimenti e a terzi: nella prospettiva, la invocazione della trasparenza dell'azione amministrativa, il richiamo alla "casa di vetro" (di turatiana memoria) prevalsero²³, mentre la parte normativa sulla partecipazione e le sue forme non ebbe pressoché eco²⁴.

Soltanto la giurisprudenza diede risalto all'affermazione che i provvedimenti privi di comunicazione di avvio del procedimento erano per ciò solo illegittimi e dunque andavano annullati.

I contenuti prodotti dal successivo d.lgs. n. 15 del 2005, di modifica della l. 241, con l'enfasi dei silenzi significativi e l'ampliamento del ricorso alla d.i.a., da un lato, e il rafforzamento delle facoltà di "pentimento" della pubblica amministrazione con sanatoria del provvedimento non preceduto da comunicazione di avvio del procedimento (laddove esso non avrebbe potuto essere diverso), dall'altro, contribuirono a loro volta a non richiamare l'attenzione sul fenomeno partecipativo, sulle sue ragioni e le sue potenzialità²⁵.

Al fondo di tali condizioni vi era evidentemente una ragione. In realtà, come fu solo in seguito rilevato dalla dottrina, la partecipazione procedimentale, dalla sua origine sino alla l. 241, era stata prevalentemente intesa in termini di contraddittorio a garanzia di pretese individuali, e ciò, naturalmente, ancorché il contraddittorio fosse qualcosa di assolutamente diverso dalla partecipazione²⁶. Basti considerare che quest'ultima non attiene

²³ Sul tema si è scritto molto da parte di autorevoli studiosi. Al riguardo si rinvia alla ancora interessante raccolta degli *Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989; a cura di M.P. CHITI e G. PALMA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; per la peculiare accezione di trasparenza quale mezzo di comprensione del potere, R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 1989, 416 ss.; nonché a F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, Napoli, 2012.

²⁴ Per una ricostruzione storica, G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, 571 ss.

²⁵ Sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica alla l. n. 241/1990*, in *Giustamm.it*, 2005.

²⁶ Sulla natura delle forme di partecipazione procedimentale, cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 222 ss., in «*Natura e significato del procedimento*» e sulla «*Rilevanza del procedimento*».

affatto al diritto di difesa contro una pretesa altrui, di fronte ad un giudice terzo. E tantomeno è costituita dal diritto di accesso agli atti che è strumento per successive iniziative, per lo più di tipo quasi esclusivamente oppositivo²⁷.

La partecipazione è invece finalizzata al contributo alla formazione di decisioni dell'autorità amministrativa affinché meglio si conoscano tutti gli interessi coinvolti e se ne tenga conto²⁸. Quegli interessi non necessariamente sono contrapposti a quelli dell'amministrazione agente, possono anzi persino cooperare con loro addivenendo a soluzioni provvedimenti di comune interesse²⁹. Peraltro, la posizione dei partecipanti al procedimento quali controinteressati o cointeressati risulta definibile, secondo una corretta sequenza logica e temporale, solo a seguito dell'esercizio del potere, ossia della adozione di un provvedimento che definisca l'assetto definitivo degli interessi ed i termini della loro soddisfazione oppure della loro mancata tutela³⁰.

D'altronde, appare difficile negare che la l. n. 241 sia nata come legge che vede la partecipazione in funzione di contraddittorio, una tutela extra-giudiziale (pre-giudiziale) delle proprie pretese³¹. Il legislatore con essa intendeva dare al cittadino la sensazione di potersi difendere nei confronti dell'uso del potere pubblico che a quel punto si sarebbe dovuto muovere secondo metodologie trasparenti e verificabili³². Vi sono chiari elementi che confermano tale prospettiva: tra essi, la partecipazione, non a caso veniva esclusa dai provvedimenti normativi, a carattere generale, così come dagli atti di programma-

²⁷ F. SAIITA, *op. loc. cit.*

²⁸ Sulla ricostruzione dell'interesse legittimo quale obbligo di presa in considerazione da parte dell'amministrazione in sede procedimentale, R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Napoli, 1987. Di recente, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

²⁹ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, 399 ss. Inoltre, P. Lombardi, *Le parti del procedimento amministrativo*, Torino, 2018.

³⁰ Sul tema, cfr. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1966, 1429 ss. Inoltre, dello stesso A., *Il nodo della partecipazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 1414 ss.

³¹ Sulle differenti finalità della partecipazione nella legge italiana sul procedimento amministrativo, da ultimo, T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022. Inoltre, F. SAIITA, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014.

³² G. GRECO, *Attività consensuale dell'Amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Il diritto dell'economia* 2002, 457 ss.

zione e di pianificazione (contrariamente alla previsione del testo elaborato dalla Commissione Nigro, ma conformemente ai dettami dell'Ad. Plen. CdS n. 7 del 1987): un segno evidente del suo carattere non collaborativo quanto sostanzialmente oppositivo all'adozione di provvedimenti di livello esecutivo.

D'altronde, ad un'analisi oggettiva, non sfugge che, così come configurata, la partecipazione ex l. 241 induce talora l'interessato a non esercitare quel diritto³³ affinché egli stesso, evitando in tal modo di fornire possibili elementi correttivi del provvedimento utili alla pubblica amministrazione in fase di definizione finale, possa poi, nella successiva sede giudiziaria, meglio rappresentare la difesa dei propri interessi da tutelare, innanzi ad un giudice terzo.

3. *La partecipazione, fonte di legittimazione dell'esercizio del potere pubblico*

È noto che le norme sull'attribuzione di competenze non costituiscono ormai la fonte esclusiva di determinazione dell'interesse pubblico (o degli interessi pubblici) che l'amministrazione, nell'esercizio delle funzioni ad essa spettanti, sarà poi tenuta a tutelare. La definizione dell'interesse pubblico specifico necessita infatti di attenti e complessi procedimenti di raccolta di interessi pubblici e privati, di comparazione e di ponderazione. Se è vero che alla pretesa di unitarietà di significato di interesse pubblico si sovrappone nella realtà una molteplicità ineludibile di significati³⁴, è ancor più vero che nella complessità del reale contemporaneo è dato ormai individuare la presenza di molteplici ed eterogenee situazioni giuridiche soggettive di natura pubblica o privata che di volta in volta restano coinvolte o subiscono gli effetti dell'esercizio della funzione amministrativa, e di conseguenza, in ciascuna fattispecie, esprimono proprie peculiarità.

L'unitarietà e la compattezza della nozione di interesse pubblico e delle sue manifestazioni costituiscono per lo più retaggio di un passato che più non esiste³⁵. Piuttosto, come ampiamente noto, gli stessi interessi pubblici si rivelano non di rado in conflitto tra loro³⁶ e la loro composizione, sfuggendo

³³ Sulla configurazione della partecipazione procedimentale quale diritto dell'interessato, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

³⁴ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 307.

³⁵ Sia permesso il rinvio a M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli, 1996, 9 ss.

³⁶ Si consenta il rinvio a M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato sull'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 209 ss.

a qualsiasi possibilità di predeterminazione normativa, non può che essere affidata alla cura procedimentale dell'amministrazione. La dinamica degli interessi qualificati e la loro interrelazione entrano in una dialettica di rapporti che costituisce la storia delle fattispecie concrete e dei fatti dai quali esse sono costituite sino a consentire di pervenire, mediante un processo di progressiva sintesi, alla definizione di una regola (la regola del caso) che – come già rilevato – è frutto di una complessa azione di selezione e temperamento, in grado di vincolare non solo i terzi, ma la stessa amministrazione agente (auto-vincolo).

Consapevole di tali condizioni, il legislatore si limita ormai con frequenza ad indicare ambiti di interessi pubblici, contesti, magari evidenziandoli ma non ordinandoli. Orbene, nella composizione di questo ordine, non sfugge di certo che “*se è vero che i bisogni sono illimitati, limitati sono i beni atti a soddisfarli?*” (F. Carnelutti): la soluzione della intricata questione, dunque, o risiede nel conflitto, la cui sede di composizione è quella giudiziaria (con conseguente allungamento delle tempistiche e rischio di esondazione dei disposti dell'ordine giudiziario in ambiti di non sua pertinenza) o, piuttosto, si rinviene nell'esercizio di un'autorevole e credibile azione procedimentale dell'amministrazione, chiamata a muoversi nella piena consapevolezza delle priorità scaturenti dal contesto ordinamentale e con un accorto esercizio della sua discrezionalità, efficace metro di realizzazione della “più giusta taglia” della misura amministrativa³⁷.

Le scelte amministrative non sono più il portato di astratte priorità normativamente definite. Tanto più che i contenuti delle determinazioni pubbliche, anche in un sistema di tipicità delle fonti, sono oggetto di costante evoluzione, passibili di essere di volta in volta giustificate solo mediante l'individuazione e l'indicazione delle ragioni e delle considerazioni che le determinano.

Sotto altro, complementare profilo, si assiste ormai alla costante invasione operata dalla scienza e dalla tecnica nel mondo del diritto: i tempi dei loro aggiornamenti e la rapidità della relativa evoluzione non sono neanche lontanamente comparabili alla capacità del legislatore di adeguare i propri dettati,

³⁷ L. MARUOTTI, nel *Discorso di insediamento* quale Presidente del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, rileva criticamente che la discrezionalità, da organo respiratorio del sistema amministrativo, viene sovente percepita come fattore di rischio criminogeno. Sul tema, sia consentito rinviare a M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in Federalismi.it, 4 ottobre 2023, 24/2023, 222 ss.

ma neanche alla possibilità di adeguamento di tecniche e modelli gestionali da parte dell'amministrazione pubblica³⁸.

Il fenomeno si riflette dunque sulla scelta del legislatore, utilizzata negli ultimi anni, di rinviare le successive modifiche dei propri disposti a innovative sopravvenute risultanze provenienti direttamente da atti a contenuto squisitamente tecnico senza che le stesse siano previamente sottoposte a vaglio del potere legislativo (sollevando persino dubbi di legittimazione costituzionale dell'operato della pubblica amministrazione): un vero e proprio trasferimento di competenze dal piano di esercizio di poteri legislativamente definiti a quello dell'uso della ragione, come probabilmente direbbe F. Cammeo³⁹. Nella delineata prospettiva, contesti e prassi inusitate finiscono col porre a carico delle amministrazioni pubbliche, gravi quanto inedite responsabilità quale conseguenza di determinazioni etero-indotte dal nuovo sistema, implementando ulteriormente, laddove non bastasse, i fondamenti delle logiche di una compartecipazione procedimentale sostanziale (e non formalistica) di tutti gli interessi coinvolti.

La norma, ormai incapace di inglobare e governare l'universo giuridico, finisce con l'assumere spiccato carattere organizzatorio, limitandosi a garantire obiettivi minimi ovvero ad indicare ambiti di tutela, ma lasciando che la sussunzione del fatto nel sistema normativo, ai fini della individuazione della "regola del caso", avvenga attraverso la mediazione dell'interprete-funziionario a seguito della valutazione e delle implicazioni di tutti gli interessi in gioco⁴⁰. L'azione amministrativa diviene così essa stessa interprete e creatrice dei suoi contenuti e tanto più, naturalmente, quanto maggiore è il tasso di

³⁸ Sul tema, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 380 ss. Sia consentito anche M. R. SPASIANO, *Il diritto amministrativo nell'era della trans-disciplinarietà*, in *Dir. e Soc.* 2021, 672 ss. Da ultimo, A. DE MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023.

³⁹ F. CAMMEO, nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 195 s., sottolineava come l'applicazione di metodi scientifici o para-scientifici da parte di una pubblica amministrazione afferisse più all' "esercizio di una ragione che di un potere".

⁴⁰ Sulla incompletezza del dato normativo e l'esigenza del suo completamento mediante il procedimento, A. FALZEA, *Teoria generale del diritto*, Milano 1999. Inoltre, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in *AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, 11 ss. Da ultimo, M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *AA.VV., Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 30 s.

discrezionalità di cui le sia dato disporre. La fine, insomma, del mito della esclusiva “onnipotenza del legislatore”, del suo monopolio nella definizione dell’interesse pubblico perseguito e l’avvio di una stagione che implica profondi ripensamenti non solo sulle funzioni e sui compiti dell’amministrazione, ma anche sugli ambiti e sulle modalità proprie del suo operato. Essa infatti costituisce ormai un soggetto operatore non solo esecutivo della legge, ma, in adempimento diretto di esigenze di giustizia che le attribuiscono inevitabilmente il compito di assegnare il senso ultimo all’ordinamento colmandone le inevitabili lacune, si erge a soggetto di mediazione tra gli interessi raccolti in sede procedimentale onde pervenire alla individuazione delle giuste regole dell’azione, muovendosi al fine sotto la guida dei principi generali dell’ordinamento e dei principi di settore.

È in questi termini che la partecipazione procedimentale si svela quale vera e propria fonte necessaria di legittimazione del potere amministrativo.

Se la partecipazione è fonte di legittimazione del potere, la violazione delle sue norme o anche l’adempimento solo formale dei suoi precetti finiscono col tradursi, comunque, in altrettante ipotesi di illegittimità dell’uso del potere dal momento che in quel modo viene impedita l’acquisizione della necessaria massa critica di interessi solo in considerazione della quale è dato legittimamente disporre, per un’amministrazione. E non si tratterà della configurazione della tradizionale ipotesi di difetto di istruttoria, sanabile con successive integrazioni della stessa, o con il richiamo all’ipotesi di cui all’art. 21-octies della L. 241/1990 s.m.i., quanto di vera e propria carenza di legittimazione ad agire, in quanto tale non sanabile se non mediante una nuova istruttoria nell’ambito di un nuovo procedimento amministrativo⁴¹.

Il fenomeno in questione assumerà naturalmente maggiore rilevanza quanto più elevato sarà il tasso di discrezionalità adoperato.

Senza il corretto uso degli strumenti partecipativi volto a far emergere, sul piano della effettività del riconoscimento e della predisposizione delle eventuali successive garanzie, tutti gli interessi coinvolti nell’azione amministrativa, la pubblica amministrazione permane monca, priva cioè di una piena legittimazione ad agire. In quel caso, essa non sarà investita di (tutto) il potere necessario all’esercizio delle sue funzioni dal momento che la norma attributiva della competenza è (ormai) norma aperta e la sua corretta applicazione necessita di un corredo integrativo che può provenire solo dal compiuto e

⁴¹ Sul punto, N. DURANTE, *I vizi formali del procedimento, alla luce decreto-legge “semplificazioni” e delle recenti pronunce dell’Adunanza Plenaria*, in *Riv. Corte Conti*, 2020, 6, 62 ss.

sostanziale utilizzo dello strumento istruttorio procedimentale onde definire il proprio codice comportamentale⁴².

Alla luce delle esposte considerazioni, non si rivelano più accettabili affermazioni giurisprudenziali del tipo: “*la motivazione finale di un provvedimento amministrativo non deve contenere un’analitica confutazione delle osservazioni procedurali svolte dalla parte, ex art. 10-bis della l. n. 241/1990, reputando sufficiente che dalla motivazione si evinca che l’Amministrazione abbia nella sostanza tenuto conto, nel loro complesso, di quelle osservazioni e controdeduzioni per la corretta formazione della propria volontà e siano nella sostanza percepibili le ragioni del loro mancato recepimento*”⁴³. L’amministrazione non è chiamata a valutare “nel complesso” e/o tantomeno nella “sostanza”, le ragioni dei partecipanti al procedimento, ma in concreto, una per una, rendendo esplicitamente conto della eventuale inconsistenza e/o genericità delle argomentazioni addotte dall’amministrazione⁴⁴.

I fenomeni evolutivi sociali, politici e istituzionali in atto sono davvero complessi⁴⁵. Di tanto risulta pienamente conscio anche il potere giudiziario

⁴² In uno studio risalente al 1994, G. BERTI (in *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994, 371), con consueta lungimiranza, rilevava: “*L’amministrazione non è esecuzione delle leggi, allo stesso modo che non è libertà mercantile. Non può non accettare la direttiva del legislatore politico, ma non può neppure imporre al mercato imperativi e regole che questo non accolga e non faccia proprie. In realtà, l’amministrazione riceve impulsi normativi dall’una e dall’altra delle sfere or dette, ed è sua prerogativa ricavare dal confronto tra la direttiva del legislatore e la convenzione mercantile, ciò che costituisce appunto il proprio codice*”.

⁴³ In termini, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 05/06/2023, n.3458; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 19/12/2023, n. 7041.

⁴⁴ Al riguardo, la significativa e argomentata statuizione del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 16 novembre 2020, n. 5262.

⁴⁵ Al riguardo, le riflessioni di D.U. GALETTA, di cui al saggio *Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all’uso delle ICT*, in *Istituz. del Federalismo*, 2-2023, 294. La studiosa sottolinea che “*Il procedimento amministrativo inteso come strumento di organizzazione (degli interessi) assume una valenza ancora più importante in un contesto di amministrazione che faccia uso delle tecnologie dell’informazione e comunicazione (ICT, se si utilizza l’acronimo della lingua inglese). Occorre infatti sottolineare come, al di là delle belle promesse, nei fatti la digitalizzazione rischi di travolgere del tutto la partecipazione al e nel procedimento amministrativo, in nome di ragioni di efficienza e rapidità decisionale*”. Nelle conclusioni di quello studio (296) si rileva come “*non vi siano obiezioni sostanziali rispetto alla scelta di consentire alle pubbliche amministrazioni di fare ricorso agli strumenti di automatizzazione della propria attività (...)*”. Tuttavia, è necessario sottolineare che “*questi strumenti debbono venire utilizzati dalle amministrazioni pubbliche in maniera tale da consentire che il procedimento amministrativo continui ad assolvere anche alla sua essenziale funzione di organizzazione degli interessi. Solo così sarà possibile garantire che la digitalizzazione dell’amministrazione pubblica serva non solo allo scopo di rendere più rapida ed efficiente (in ipotesi) l’attività delle pubbliche amministrazioni. Ma anche allo scopo di garantire un’istruttoria*

amministrativo che infatti si adegua se è vero, come è dato facilmente riscontrare, che esso da tempo opera mediante nuovi parametri di sindacato, parametri che ove necessario (e questo accade il più delle volte) prescindono dalla applicazione di specifiche disposizioni di legge, talora tra esse contraddittorie, per ricorrere a principi guida (dell'ordinamento italiano ed europeo, generali e di settore): ciò accade perché la composita e complessa realtà sottoposta al suo vaglio non risulta più misurabile in funzione della violazione di regole minuziose provenienti da innumerevoli e talora contraddittorie fonti del diritto, ma reclama di essere sindacata alla luce di principi-guida, persino valori dell'ordinamento, che le consentano di essere ricondotta in schemi ermeneutici coerenti e plausibili onde produrre gli effetti voluti (principio di risultato).

D'altronde, la proposta elaborata nel presente scritto appare acquisire ulteriore forza alla luce dell'entrata in vigore della novella di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 241 del 1990, nel testo introdotto dal d.l. n. 76 del 2020 (conv. in l. n.120/2020), laddove esso dispone che *“I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede”*, norma evidentemente comportante l'obbligo di leale collaborazione proprio a cominciare dal procedimento amministrativo, una prospettiva decisamente antitetica rispetto al tradizionale, storico orientamento dei pubblici uffici⁴⁶. E se la leale collaborazione è principio noto alla dottrina e alla giurisprudenza amministrativa (sebbene sinora affrontato prevalentemente sotto il profilo del rapporto tra enti o tra livelli istituzionali, secondo i canoni più volte indicati dalla Corte Costituzionale ma ormai condivisi anche dal giudice amministrativo⁴⁷), il principio di buona fede della pubblica amministrazione nei confronti del cittadino è per lo più ancora tutto da scrivere anche

più completa e quindi maggiormente corrispondente ai principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 della nostra Costituzione, oltre che a quel diritto ad una buona amministrazione sancito espressamente dall'art. 41 della Carta dei diritti UE”.

⁴⁶ Da ultimo, M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento nei confronti della p.a.: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.

⁴⁷ In merito al principio di leale collaborazione, la Corte Costituzionale ha da tempo chiarito che esso, in un ordinamento di tipo pluralistico come il nostro – fondato sulla distinzione fra le competenze, sia su una loro reciproca interferenza – è chiamato a garantire quel coordinamento e quella composizione di interessi necessari al fine di perseguire un complessivo disegno comune dell'azione della p.a. (cfr. Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 341; Corte Cost., 14 dicembre 1998, n. 408). Interessante il disposto anche trasferibile nei contesti endo-procedimentali dell'azione amministrativa.

in considerazione delle conseguenze che esso è in grado di determinare⁴⁸. L'adempimento di tale compito potrà magari aver luogo avvalendosi degli approdi ermeneutici espansivi ai quali sono approdate le più recenti elaborazioni dalla giurisprudenza civilistica, ben adusa a farvi ricorso, in particolare riconoscendo, in termini generali, che *“Il principio di buona fede si concretizza nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e nel porsi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto. La buona fede pertanto si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del neminem laedere, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte”*, ovvero che *“la buona fede è un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta... Il rispetto dei principi di correttezza e buona fede ..., espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe... La violazione dei doveri di correttezza e buona fede costituisce inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato”*.

Orbene, l'attuazione della proposta elaborata nel presente studio – come già rilevato – presuppone una condizione necessaria, ossia una pubblica amministrazione consapevole, sensibile al riguardo e competente, in grado di governare i nuovi processi e modelli interpretativi.

Siffatta pregiudiziale coinvolge allora la considerazione dei profili soggettivi del personale che opera presso la pubblica amministrazione e qui il discorso si complica ulteriormente, persino scoraggia l'investigatore poiché è fin troppo evidente come a fronte della presenza di risorse umane magari motivate, ancorché spesso numericamente inadeguate e persino prive degli

⁴⁸ Tra i pochi contributi, F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle Autonomie*, in *Annuario A.I.P.D.A.* 2002, 2003, 534 ss.; M. CAMMELLI, *I raccordi tra i livelli istituzionali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 6/2001, 1079 ss. Uno dei pochi studi sul tema della leale collaborazione in sede procedimentale, è F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995. Più recente, S. Cimini, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della p.a.*, in *Persona e Amministrazione – P.A.*, 2018, 1. Interessanti spunti di riflessione in ordine al sindacato della buona fede da parte del giudice amministrativo in F. Fracchia e P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 30/12/2020, 42.

strumenti necessari, si continui a versare in una condizione nella quale, pur in presenza di profondi mutamenti (persino epocali) riguardanti l'esercizio dei poteri pubblici negli ultimi decenni, non risulti essere stata ad oggi realizzata alcuna adeguata e qualificata azione formativa di rinnovamento e di aggiornamento professionale.

La cultura più diffusa nell'amministrazione centrale come in quelle locali, negli enti burocratici tradizionali come nelle più moderne autorità, continua prevalentemente a permanere quella di soggetti preposti all'esercizio di un potere sovraordinato, chiuso in sé stesso, tendenzialmente poco (o per nulla) incline ad essere compartido, misurato e tantomeno sindacato.

Formalistici e devianti meccanismi di valutazione della qualità delle prestazioni dei funzionari pubblici, fissazione di pseudo-obiettivi premiali solo fittiziamente legati al conseguimento di risultati, perdurante sottoposizione degli apparati burocratici a penetranti forme di ingrenza politica, confluenza di poteri di nomina e di revoca della dirigenza in capo agli organi politici, sono sotto gli occhi di tutti, mentre le riforme dell'apparato pubblico sin qui prodotte, ridotte massimamente a tagli e compressioni dell'azione procedimentale, sgravio di responsabilità per i funzionari amministrativi, continuano a non incidere nell'ambito della contestuale organizzazione delle competenze, che perdura in una condizione di eccessiva quanto insana frammentazione con polverizzazione dei soggetti agenti, finendo così col produrre farraginosità dell'attività e incentivo alla produzione di fenomeni di paralisi.

Non stupisce allora che la partecipazione, nelle sue diverse forme e manifestazioni, continui ad essere prevalentemente percepita dall'amministrazione pubblica quale (insopportabile) limite all'esercizio dei suoi poteri, ostacolo all'adozione delle scelte, strumento (defatigante) di intromissione nella sua discrezionalità: un'offesa all'esercizio della tradizionale azione sostanzialmente unilaterale, in sintesi un fattore ostativo all'azione. La risposta va ricercata in termini culturali e formativi.

Abstract

La partecipazione procedimentale amministrativa ha visto la sua nascita prevalentemente in funzione di contraddittorio rispetto alla p.a., a garanzia della difesa di interessi non ravvisati o non considerati da quest'ultima. Tuttavia, l'evoluzione della società e la moltiplicazione di bisogni e interessi hanno reso nel tempo la norma di legge inadeguata alla individuazione e alla disciplina in astratto di tutti gli interessi coinvolti nell'azione dei poteri pubblici. Da qui il ruolo della p.a. è andato via via ampliandosi, passando da una funzione meramente esecutiva della legge ad una interpretativa di istanze e di contemperamento di interessi, così solo potendo pervenire alla legittima definizione della c.d. "regola del caso". Un adeguato procedimento, consapevole della funzione compartecipativa e tutore delle garanzie sostanziali procedimentali, costituisce la premessa necessaria per la legittimazione dell'esercizio della funzione amministrativa.

Procedural participation as a source of legitimisation of the use of administrative power

Administrative procedural participation saw its birth mainly in the function of opposition to the public authorities, to guarantee the defence of interests not recognised or not considered by the public authorities themselves. However, the evolution of society and the multiplication of needs and interests have over time made the law inadequate to identify and regulate in advance all the interests involved in the action of public authorities. Hence the role of the public authority has gradually expanded, moving from a merely executive function of the law to one of interpreting requests and balancing interests, thus only being able to arrive at the legitimate definition of the so-called 'rule of the case'. An adequate procedure, aware of the participatory function and guardian of substantial procedural guarantees, constitutes the necessary premise for the legitimisation of the exercise of the administrative function.