

**Modelli partecipativi tra garanzia ed efficienza.
L'ascendenza pretoria delle scelte legislative sul procedimento.**
di Maria Chiara Romano*

SOMMARIO: 1. La partecipazione come istituto generale. - 2. Le funzioni della partecipazione. - 3. (segue) Tipi di procedimenti e funzioni dell'intervento. - 4. Obbligo di comunicazione dell'avvio di procedimento. 5. Procedimenti ad istanza di parte.- 6. Art. 10 bis quale modalità ulteriore di partecipazione per i procedimenti ad istanza di parte. - 7. Situazione giuridica soggettiva legittimante la partecipazione.- 8. Gli interessi procedurali.- 9. La pretesa partecipativa come diritto soggettivo. - 10. Pretesa partecipativa e modelli di partecipazione.

1. La partecipazione come istituto generale.

Il capo III (artt. 7-10) della Legge 7 agosto 1990, n. 241 disciplina l'istituto della "partecipazione", ossia la possibilità riconosciuta a soggetti privati e pubbliche amministrazioni di intervenire nel procedimento amministrativo, presentando memorie e documenti, nei limiti in cui siano attinenti all'oggetto del procedimento, ed esercitando il cosiddetto "accesso partecipativo" (art. 10)¹.

Il principio della partecipazione trova riconoscimento anche a livello europeo, essendo richiamato nell'art. 41 della Carta dei Diritti dell'Unione Europea (Carta di Nizza) – alla quale è stata riconosciuta natura giuridicamente vincolante (CGCE 19 gennaio 2010, Seda Kucukdeveci c. SWedwx, C- 555/07) in base all'articolo 6, p.1, del Trattato di Lisbona – che prevede il "diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento che gli rechi pregiudizio"².

L'istituto introdotto dalla l. n. 241/1990 non appare radicalmente innovativo, considerando che già prima della emanazione della legge la partecipazione al procedimento era, sia pur in forma embrionale, prevista dall'articolo 3, comma 1, della l. 20 marzo 1865, n. 2248 e singole disposizioni speciali disciplinavano forme particolari di partecipazione per determinati tipi di procedimenti³.

* Ricercatore confermato di Diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹ L'accesso partecipativo, altrimenti detto endoprocedimentale, di cui all'articolo 10 si distingue da quello esoprocedimentale disciplinato dagli artt. 22 ss. della legge n. 241/1990, che può essere esercitato soltanto quando il provvedimento amministrativo è stato emanato. Mentre l'accesso endoprocedimentale svolge una funzione conoscitiva strumentale alla partecipazione, l'accesso esoprocedimentale viene esperito ai fini della proposizione di un eventuale ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento conclusivo del procedimento.

² M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2009; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2001; M.P. CHITI, *La carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2002.

³ Tra i primi studi volti ad analizzare la dinamica del procedimento, spezzando la logica pandettistica concentrata esclusivamente sui singoli atti, si colloca quello di U. FORTI, *Atto e procedimento*, ora in *Studi di diritto pubblico*, 1937, I, 453; la prima monografia che contiene una disciplina organica del procedimento amministrativo, analizzato nelle diverse fasi in cui quest'ultimo si articola, ed in relazione agli effetti che i diversi atti in cui si manifesta producono sulle sfere soggettive dei destinatari, si deve a A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (rist.

L'aspetto peculiare della legge n. 241 va colto nella *generalizzazione* della possibilità di intervenire nel procedimento amministrativo. La generale applicabilità della norma viene meno solo in presenza di "ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento"⁴. Ragioni da cui emerge il carattere compromissorio della l. n. 241/1990, che nel regolare la partecipazione introduce un criterio di bilanciamento tra principi contrapposti: quello di garanzia (a tutela del contraddittorio) e quello della celerità (a tutela dell'efficienza dell'azione amministrativa)⁵; esigenza di temperamento, non limitata esclusivamente all'istituto della partecipazione, ma rinvenibile già nell'articolo 1 della legge, che enumera una serie di principi di non agevole armonizzazione (principio di legalità, efficienza, economicità, garanzia, trasparenza, non aggravamento)⁶. Carattere compromissorio che viene ulteriormente accentuato dai recenti provvedimenti legislativi in materia di semplificazione e liberalizzazione delle attività economiche che prevedono ulteriori riduzioni della partecipazione in ossequio alla logica di contenimento della spesa pubblica cui sono ispirati⁷.

L'istituto della partecipazione viene impropriamente accostato al cosiddetto «giusto procedimento», principio creato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e volto a attribuire esclusivamente ai soggetti privati incisi *sfavorevolmente* da provvedimenti dell'amministrazione la facoltà di esporre le proprie ragioni prima che si concluda il procedimento amministrativo⁸. Principio, dunque, concepito in chiave eminentemente "difensiva", di portata più ristretta rispetto alla figura della partecipazione disciplinata dal capo III della legge sull'azione amministrativa, la cui valenza generale è strettamente funzionale alla completezza dell'istruttoria procedimentale⁹. Peraltro, mentre il giusto procedimento rappresenta un criterio di orientamento sia per il legislatore che per l'interprete, ma non costituisce, come chiarito dalla Consulta, un principio fornito di piena garanzia

1964); per la dottrina successiva con particolare attenzione all'istituto della partecipazione, si vedano E. GIARDINO, *Partecipazione al procedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. TOMEI, Padova, 2005, 273ss; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299 ss; F. PATRONI GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: Partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. I, 627; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2008; A.A. V.V., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 485 ss.

⁴ Oltre che in specifiche ipotesi espressamente previste dall'articolo 13, relative a determinate tipologie di provvedimenti amministrativi (atti normativi, atti amministrativi generali) e ai procedimenti tributari non sottoposti alla disciplina contenuta negli artt. 7 ss. l. n. 241/1990 ma regolati da disposizioni speciali.

⁵ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2011, 306 ss; G. MORBIDELLI, *Il principio del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli 2006; M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000; S. COGNETTI, *Normative sul procedimento: regole di garanzia e di efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 118 ss.

⁶ Art. 1, comma 1, l. n. 241/1990: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai criteri di economicità, di efficacia di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario»; art.1 comma, 2 l. n. 241/1990 «La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria».

⁷ In particolare si allude al Decreto legge n. 5 del 2012 che all'articolo 12 disciplina la semplificazione procedimentale per l'esercizio delle attività economiche.

⁸ Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13 in *Giur. cost.*, 1962; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 308 ss; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo* a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Monduzzi, 2005, 570 ss; G. SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento tra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1980, 291; ROEHRSSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Diritto amministrativo*, 1987, 47 ss e spec. 51.

⁹ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 635.

costituzionale¹⁰, il fondamento costituzionale della partecipazione si ricava direttamente dai principi di buon andamento ed imparzialità contenuti nell'articolo 97 Cost. e si traduce nella giustiziabilità della sua mancata osservanza¹¹.

2. Le funzioni della partecipazione.

Le norme disciplinanti la figura della "partecipazione" hanno suscitato problemi ermeneutici intorno alla funzione dell'istituto.

Le diverse tesi, a ben vedere, risultano fortemente influenzate dall'angolo prospettico scelto dall'interprete. Non coincidenti appaiono i piani dai quali la partecipazione può essere analizzata, in relazione agli obiettivi di chi interviene ed alle aspettative dell'amministrazione: altro è infatti porsi dalla parte del soggetto interveniente, altro è privilegiare il profilo strumentale che la partecipazione assume per l'amministrazione procedente.

Le posizioni inizialmente prevalenti hanno ricondotto la partecipazione alla figura del contraddittorio, mettendone in risalto la valenza garantistica, ossia la finalità di tutela della posizione giuridica del soggetto che interviene nel procedimento; lettura che, collocando la partecipazione nell'ottica di ridurre il rischio di successive impugnazioni del provvedimento finale, viene efficacemente riportata ad una funzione di "tutela anticipata" delle situazioni giuridiche soggettive degli intervenienti¹². Questa interpretazione appare debitrice, anche sul piano terminologico, della formulazione impiegata nel testo originario della legge sul procedimento predisposto dalla «Commissione Nigro», che utilizzava il termine *contraddittorio* per definire l'intervento partecipativo in un'accezione spiccatamente "*paragiurisdizionale*"¹³. Il contraddittorio – in quella prospettiva – implicava la sostanziale uguaglianza delle due parti, valorizzando il ruolo che entrambe, su di un piano paritario, svolgevano nella definizione dell'assetto di interessi confluyente nel provvedimento finale¹⁴.

¹⁰ Corte Costituzionale 31 maggio 2005, n. 210, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 19 marzo 1993, in *Le Regioni*, 1993, 1671.

¹¹ S. CASSESE, *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, NR, 2000, 2401 ss; L. BUFFONI, *Alla ricerca del principio costituzionale del «giusto procedimento»: la «processualizzazione» del procedimento amministrativo*, in A. MASSERA (a cura di) *Le tutele procedimentali, Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 189 ss; R. PROIETTI, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 487 ss; G. SALA, *Amministrazione e procedimento*, in *Jus* 2011, 353 ss che introduce per lo svolgimento dell'azione amministrativa il concetto della «legalità procedimentale».

¹² R. PROIETTI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 488ss.

¹³ Il testo elaborato dalla «Commissione Nigro» prevedeva, peraltro, una più incisiva forma di partecipazione a favore dei soggetti istanti. Relativamente ai procedimenti ad istanza di parte si veda *infra*. La partecipazione era disciplinata nel Titolo III, art. 1, dello Schema di d.d.l. contenente «Disposizioni dirette a migliorare i rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa» in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione a cura dell'amministrazione*, a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1990, 182.

¹⁴ Circa l'ambivalenza delle funzioni riconducibili alla partecipazione si rinvia a A. MASSERA, *Il diritto del procedimento amministrativo tra vocazione alla protezione delle libertà e pressioni verso la democraticità delle decisioni*, in *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario, Atti del seminario di Trento, 8-9 giugno 2007*, a cura di G. FALCON, Padova, 2008, 78 ss; S. BATTINI, B. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Diritto amministrativo comparato*, cura di G. NAPOLITANO, Milano, 2007, 107 e 121 ss; sulla valorizzazione della funzione del contraddittorio nell'istituto della partecipazione si veda F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, 184; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 634. Per gli studi più risalenti relativi al contraddittorio nell'ambito del procedimento amministrativo si vedano GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 799.

La precipua funzione di garanzia, che la partecipazione assolverebbe rispetto agli interessi dei soggetti intervenienti, riflette un particolare modo di intendere i rapporti tra soggetti privati e pubblica amministrazione, che la dottrina aveva auspicato già prima della emanazione della l. n. 241/1990¹⁵: rapporto di tipo comunicativo ed improntato ad uno scambio dialettico incompatibile con il postulato dell'unilateralità dell'azione amministrativa.

Una diversa linea interpretativa, sganciando l'intervento partecipativo dalla garanzia delle posizioni individuali, pone l'attenzione prevalentemente sulla funzione di "collaborazione" alla migliore acquisizione dei fatti ed individuazione degli interessi, che l'amministrazione è tenuta a valutare nella fase istruttoria¹⁶. Questa seconda prospettiva esalta nell'istituto della partecipazione il profilo attuativo dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, quali parametri che indirizzano la formazione della scelta discrezionale dell'amministrazione¹⁷.

L'apertura del procedimento ai soggetti legittimati ad intervenire non attiene alla fase della decisione, bensì al momento, necessariamente prodromico, dell'istruttoria. L'intervento influenza la determinazione delle premesse di fatto, che costituiscono il presupposto logico della decisione finale¹⁸; le memorie ed i documenti presentati dagli intervenienti, ex articolo 10 della legge n. 241/1990, sono strumentali alla concretizzazione e al miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico¹⁹, di quel particolare interesse pubblico soggettivo, tramite la norma attributiva del potere, in capo all'amministrazione procedente.

In tale prospettiva, l'obiettivo della partecipazione è il raggiungimento della completezza della fase istruttoria: la documentazione depositata presso il responsabile del procedimento è utilizzata dall'amministrazione al fine di delineare un quadro, il più possibile esaustivo, delle alternative di composizione degli interessi, pubblici, collettivi e privati, coinvolti nel procedimento²⁰.

In questo senso, il contributo che la partecipazione svolge per la completezza della fase istruttoria evidenzia non solo il collegamento che la lega alla ponderazione degli interessi sottesi al

¹⁵ Nella prospettiva di auspicare uno scambio tra privati, destinatari degli effetti del provvedimento, e pubblica amministrazione con la finalità di ridurre il successivo contenzioso amministrativo si vedano già prima dell'emanazione della l. n. 241/1990 ALB. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di V. Bachelet*, I, Milano, 1987, 521; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3165; E. CARDI, *La manifestazione degli interessi nei procedimenti amministrativi*, I e II, Rimini, 1983; A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975.

¹⁶ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 171 ss; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133ss; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 47; M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedurali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e Costituzionalisti a confronto* (a cura di R. FERRARA e S. SICARDI), Padova, 1998, 315 ss; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004. Circa la giurisprudenza significativa resta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 15 settembre 1999, n. 14, in *Cons. St.*, 1999, I, 1297.

¹⁷ S. COGNETTI, *"Quantità" e "Qualità" della partecipazione, Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 59 ss.

¹⁸ S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione, Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, cit., 5 ss; R. VILLATA e G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 577.

¹⁹ In questa direzione si allinea anche la giurisprudenza del giudice amministrativo, si veda re a le altre T.a.r. Lazio, Roma, I, 4 settembre 2009, n. 8373, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ ALB. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 1984*, Milano, 1987, 181; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 161 ss; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, cit., 134 ss.

procedimento, ma anche la conseguente riduzione del margine di discrezionalità insito nelle scelte amministrative²¹: l'obbligo che, all'esito dell'intervento partecipativo, nasce in capo all'amministrazione di valutare le memorie e i documenti depositati (art. 10), traducendosi non solo in un giudizio di pertinenza rispetto all'oggetto del procedimento, ma anche in un giudizio di rilevanza rispetto alla specifica scelta dell'amministrazione, è capace di indirizzare e condizionare la decisione discrezionale calata nel provvedimento.

3. (segue) Tipi di procedimenti e funzioni dell'intervento.

Le due funzioni ascrivibili all'istituto della partecipazione trovano entrambe adeguato campo di applicazione in differenti "tipi" procedimentali: la funzione "difensiva", altrimenti detta di "tutela anticipata", appare maggiormente confacente rispetto a quei procedimenti produttivi di effetti limitativi nella sfera giuridica dei destinatari, quali i provvedimenti sanzionatori o ablativi; la funzione di "collaborazione", invece, meglio si attaglia ai procedimenti avviati ad istanza di parte, come i procedimenti volti all'emanazione di concessioni o autorizzazioni, o ai procedimenti che si concludono con la produzione di effetti favorevoli nella sfera giuridica dei destinatari²².

Una prospettiva ancor più analitica scinde ulteriormente il profilo funzionale della partecipazione, teorizzando una triplice distinzione del ruolo del contraddittorio all'interno del procedimento, sulla scorta dei tre "modelli idealtipici" ai quali può, in generale, essere ricondotto il procedimento amministrativo. Vengono così imputati al contraddittorio ruoli differenti: un primo ruolo di carattere "giustiziale", un secondo di "funzione giuridica preventiva", ed un ultimo di "carattere politico" (che contraddistinguerebbe i procedimenti volti all'emanazione di atti normativi e di atti generali); la partecipazione avrebbe rispettivamente una funzione di garanzia del diritto di difesa, di collaborazione alla completezza dell'istruttoria, e altresì di rappresentanza degli interessi²³. L'individuazione di questa ulteriore funzione dell'intervento ha il pregio di evidenziarne i nessi con il fenomeno della cosiddetta "democrazia partecipativa", che, ancorandosi direttamente al principio democratico (articolo 1 Cost.), consente ai cittadini, in quanto singoli o rappresentanti delle formazioni sociali, di condizionare la gestione dei pubblici poteri²⁴. In quest'ultima accezione, la partecipazione mostra la sua connotazione istituzionale, che si può manifestare non soltanto nelle forme giuridiche espressamente regolate nell'ambito del procedimento amministrativo, ma anche con modalità ed "effetti rivolti direttamente alle istituzioni"²⁵.

La questione della differenziazione delle funzioni imputabili all'intervento dei soggetti privati – ma anche di quelli pubblici – nel procedimento non deve dunque essere intesa in termini di

²¹ S. COGNETTI, "Qualità" e "Quantità", cit., 8 ss; E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, cit., Vol. I, 47 ss; recentemente sulla funzione della partecipazione quale «veicolo attraverso il quale gli interessati possono contribuire all'esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione»: F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, cit., 307-308.

²² G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., 24; D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in L. R. PERFETTI, *Le riforme della L. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, cit., 43 ss.

²³ M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., 73-74.

²⁴ A. PIZZORUSO, *Democrazia rappresentativa e attività parlamentare*, in *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milano, 1980, 133ss; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009.

²⁵ Questa interpretazione individua tra gli istituti di partecipazione un "sottomodello rappresentativo-partecipativo", attraverso il quale il popolo partecipa direttamente all'assunzione di decisioni pubbliche: M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Intervento al Convegno "Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana"*, Padova, 19-21 giugno, 2003.

contrapposizione teorica, bensì appare la proiezione di due diversi piani di osservazione; le funzioni di tutela e di collaborazione non appaiono invero – al di là di una mera esigenza di ordine classificatorio – nettamente separabili, in quanto appare difficilmente contestabile che anche laddove il soggetto interveniente abbia di mira principalmente la tutela di un interesse proprio, ciò non di meno egli contribuisca ad arricchire il materiale istruttorio a disposizione della pubblica amministrazione²⁶. Questa ambivalenza funzionale trova conferma anche nell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa, che costantemente ribadisce la duplice valenza della partecipazione, di tutela delle ragioni del cittadino e di garanzia per il buon andamento dell'azione amministrativa²⁷. Soluzione conciliativa che, evidenziando l'interdipendenza che corre tra i due volti della partecipazione²⁸, sottolinea la strumentalità dell'intervento rispetto all'ottimale rappresentazione degli interessi coinvolti nel procedimento, che trovano emersione nella fase istruttoria; l'apporto conoscitivo offerto dai soggetti intervenienti, lungi dall'esaurirsi in una dimensione di tutela di tipo individualistico, pone in risalto l'attitudine ad instaurare quel "rapporto comunicativo" tra privato e pubblica amministrazione, che contribuisce al superamento di un modello di azione amministrativa rigidamente unilaterale²⁹.

4. Obbligo di comunicazione dell'avvio di procedimento.

L'articolo 7 della l. n. 241/1990 prevede l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo nei confronti di alcune categorie di soggetti, definiti – utilizzando un lessico mutuato dal diritto processuale – "interventori necessari" o "parti necessarie"³⁰; la comunicazione è strumentale alla facoltà, prevista in capo a questi soggetti, di intervenire nel procedimento amministrativo³¹.

Il primo comma dell'art. 7, volto a delimitare l'ambito soggettivo di applicazione della norma, lascia indeterminato – e dunque potenzialmente generale, fatte salve le "*ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*" – l'ambito di applicazione oggettiva. Giurisprudenza e dottrina hanno tuttavia introdotto in via interpretativa una serie di restrizioni all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, ulteriori rispetto alle ipotesi tassative di esclusione *ex lege* stabilite nell'articolo 13³². Restrizioni fondate su argomentazioni ricostruttive del

²⁶ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione*, cit., 182; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, cit., 122 ss..

²⁷ T.a.r. Lazio, Sez. III, 15 marzo, 2011, n. 2352, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 36; Cons. St., Sez. II, 23 maggio 2007, n. 413/2005.

²⁸ ALB. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema degli interessi diffusi*, in *Atti del Convegno di Varenna XXIII* (22-24 settembre 1977) su *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978, 33 ss; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, cit., 122 ss.

²⁹ *Favor verso i moduli consensuali* confermato dall'inserimento dell'articolo 1 bis della l. n. 241/1990 introdotto con l. 11 febbraio 2005 n. 15: «*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*». Circa l'importanza del momento comunicativo nel procedimento F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., *passim*; F. MERUSI, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della «demarchia» secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, 549 ss.

³⁰ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 650 ss; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 316.

³¹ T.a.r. Lombardia, Sez. I, 8 aprile 2011, n. 939, in *Foro amm. T.a.r.*, 2011, 4, 1161.

³² Tra le ipotesi di esclusione *ex lege* della partecipazione si annoverano le ipotesi di urgenza qualificata che potrebbero costituire un'effettiva minaccia per l'interesse pubblico che il provvedimento è tenuto a soddisfare, ed i procedimenti elencati all'articolo 13 della l. n. 241/1990, ossia quelli aventi ad oggetto l'emanazione di atti normativi, amministrativi generali e quindi il caso dei procedimenti tributari. Procedimenti che sia pure non escludendo la partecipazione

sistema della partecipazione, che hanno nel tempo condizionato le scelte del legislatore sia in ordine all'effettività dell'istituto (art. 21 *octies*), sia relativamente all'introduzione di modalità ulteriori di intervento per alcuni tipi di procedimenti (10 *bis*)³³.

La legge n. 241/1990, sia pur inizialmente qualificata come legge generale sull'azione amministrativa, presenta nella sua versione attuale una disciplina della partecipazione più frammentata, all'interno della quale si trovano regole selettive in ragione del tipo di procedimento (discrezionale, ad istanza di parte), nonché della natura di alcune specifiche categorie di provvedimenti (normativi, generali)³⁴. Sarebbe dunque più corretto distinguere, nell'ambito di un modello generale di partecipazione, alcuni sotto-modelli, l'individuazione dei quali spinge a sostituire al termine "partecipazione" quello di "partecipazioni".

Partecipazioni che hanno subito nel tempo un notevole impulso pretorio: emblematica l'evoluzione giurisprudenziale – che ha seguito itinerari differenti – relativa all'obbligo di comunicazione di avvio per i procedimenti vincolati e per i procedimenti ad istanza di parte.

Con riguardo ai primi, già precedentemente all'inserimento (con legge 11 febbraio 2005, n. 15) dell'art. 21 *octies*, la giurisprudenza aveva individuato alcune ipotesi in cui l'omessa comunicazione dell'avvio non avrebbe prodotto effetti invalidanti sul provvedimento conclusivo del procedimento. Questa giurisprudenza muoveva dalla distinzione tra procedimenti discrezionali e procedimenti vincolati, evidenziando come in questi ultimi la partecipazione non avrebbe potuto dispiegare alcun effetto utile, essendo incapace di incidere sul contenuto del provvedimento, già sufficientemente definito dalla norma attributiva del potere. In altri termini, il contributo del soggetto interveniente non avrebbe potuto recare alcuna sostanziale utilità all'istruttoria procedimentale, non potendo in nessun modo alterare una scelta amministrativa sostanzialmente obbligata.

Il legislatore italiano – anche influenzato dal paragrafo 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo³⁵ e dalla regola processualistica del raggiungimento dello scopo (articolo 156 c.p.c.), nonché dal principio della c.d. "strumentalità delle forme" utilizzato in passato per la determinazione delle conseguenze connesse ai vizi delle operazioni elettorali – ha recepito i risultati cui era pervenuta la giurisprudenza, giungendo nel 2005 alla criticata stesura dell'articolo 21 *octies*, che riconosce alla partecipazione una portata sostanziale, con il principale obiettivo di ridurre i casi di impugnazione pretestuosa dei provvedimenti amministrativi per violazioni di norme procedurali di carattere esclusivamente formale, che non determinassero un'incidenza effettiva sull'esito della decisione finale³⁶. Logica antiformalistica perfettamente aderente allo spirito della l. n. 241/1990 che «afferma con chiarezza i principi di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, di semplificazione dell'istruttoria, di divieto di aggravio del procedimento, di valorizzazione del risultato concreto perseguito dal titolare della potestà pubblica, di tutela effettiva della posizione sostanziale del soggetto interessato»³⁷.

disciplina dal Capo III della l. n. 241/1990 non escludono forme diverse di partecipazione più adatte a queste categorie di atti che si caratterizzano per essere rivolti ad un numero considerevole di destinatari.

³³ E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, 04, 1003.

³⁴ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 318 ss.; R. PROIETTI, *Commento agli articoli 7 e 8*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 502 ss.

³⁵ Recentemente sul tema si veda E. SCHMIDT-ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, 471 ss e spec. 476.

³⁶ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 318 ss.; G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in L. R. PERFETTI, *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 4 ss.

³⁷ Cons. St., Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Cons. St.*, 2001, 1207.

L'applicazione più recente delle norme sulla partecipazione consente di isolare due distinte direttrici ermeneutiche, una rinvenibile nell'interpretazione finalistica dell'obbligo di comunicazione di avvio contenuta nell'articolo 7 ispirata al principio del raggiungimento dello scopo, l'altra propria dell'articolo 21 *octies* volta a ridurre le ipotesi di violazioni procedurali ai soli casi che implicano una "disfunzionalità sostanziale"³⁸. Ad una lettura meccanica delle norme sulla partecipazione se ne sostituisce una di tipo funzionale, che riguarda due ambiti distinti di irrilevanza della violazione procedimentale riguardante la comunicazione.

Questa distinzione di campi materiali trova conferma nella giurisprudenza. In applicazione del principio del raggiungimento dello scopo, la comunicazione dell'avvio del procedimento è considerata superflua in due ipotesi: quando, nonostante la mancanza della comunicazione, il privato abbia effettivamente partecipato al procedimento; e nel caso in cui sia possibile dimostrare che il destinatario della mancata comunicazione abbia avuto conoscenza *aliunde* dell'avvio del procedimento³⁹. Ipotesi che non ricadono nella sfera applicativa dell'articolo 21 *octies*, essendo dirette a verificare che la violazione procedimentale non abbia inficiato la concreta possibilità del soggetto privato di intervenire. Il principio del raggiungimento dello scopo resta limitato al profilo della completezza dell'istruttoria, dove temporalmente si situa la comunicazione, e non si estende alla verifica del contenuto dispositivo del provvedimento, la formazione del quale si colloca nella successiva fase decisoria⁴⁰.

La verifica discendente dall'articolo 21 *octies* riguarda invece il dispositivo del provvedimento, cristallizzato nella fase decisoria, e la sua operatività si colloca nell'ambito del processo amministrativo, con uno specifico regime probatorio gravante in capo alla pubblica amministrazione, tenuta a dimostrare in giudizio l'irrilevanza della mancata partecipazione rispetto alla scelta fissata nel provvedimento finale, secondo un criterio di stretta «casualità»⁴¹.

L'una norma sostanziale a tutela dell'interesse partecipativo (art. 7), l'altra norma processuale, a garanzia della sostanziale correttezza della scelta amministrativa (art. 21 *octies*).

5. Procedimenti ad istanza di parte.

L'andamento pretorio della codificazione amministrativa emerge anche in ordine alla questione dell'applicabilità delle norme sulla comunicazione di avvio ai procedimenti ad istanza di parte. L'oscillante giurisprudenza si interroga sulla necessità della comunicazione di avvio in procedimenti attivati da soggetti che si rivolgono all'amministrazione al fine di ottenere provvedimenti ampliativi della loro sfera giuridica.

L'orientamento prevalente ritiene superflua la comunicazione di avvio del procedimento nei procedimenti ad istanza di parte⁴², muovendo dall'argomentazione che quest'ultima costituirebbe un'evidente duplicazione di attività amministrativa, che andrebbe soltanto a gravare

³⁸ F. SAITTA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, cit., 290.

³⁹ Cons. St., Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1476, in *Foro amm. CdS*, 2011,3, 950; Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4899, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, cit., 304.

⁴¹ F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Articolo 21 octies, comma 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE E A. ZITO, Torino, 2006, 620 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi*, cit., 488 ss.

⁴² T.a.r. Firenze Toscana, Sez. III, 8 aprile 2011, n. 653, in *Foro amm. T.a.r.*, 2011, 4, 1226; Cons. St., Sez. VI, 19 novembre 2009, in *Foro amm. C.d.S.* 2009, 11, 2646.

sull'amministrazione, senza risultare utile per i privati, in quanto soggetti cui è imputabile l'iniziativa del procedimento e dunque già nella condizione di poter partecipare al procedimento a nulla occorrendo una comunicazione formale che lo informi del suo inizio⁴³. Un indirizzo minoritario ritiene invece necessaria la comunicazione di avvio anche nei procedimenti ad istanza di parte rilevando che essa presenta un contenuto più ampio e dettagliato rispetto alla semplice informazione dell'apertura di un procedimento, e pertanto la sua mancanza renderebbe invalido il provvedimento nelle ipotesi in cui risulti complesso per il soggetto che ha attivato il procedimento seguirne le diverse fasi in quanto, ad esempio, involgenti più amministrazioni⁴⁴.

L'orientamento minoritario sembrerebbe esser confermato dall'inserzione (con l. n.15/2005) della lettera c) *ter* nell'articolo 8, 2° comma, che, nei procedimenti ad istanza di parte, prescrive – quale ulteriore contenuto obbligatorio della comunicazione di avvio – la data di presentazione dell'istanza⁴⁵.

La giurisprudenza successiva alla novella del 2005 ha tuttavia chiarito che nei procedimenti ad istanza di parte la comunicazione debba essere effettuata soltanto nei confronti di quei soggetti – diversi dal soggetto istante, diretto destinatario del provvedimento – che per legge devono intervenire e nei confronti di quelli che potrebbero subire un pregiudizio dall'emanazione del provvedimento; categorie di soggetti rispetto alle quali non si configurano le ragioni di non aggravamento del procedimento amministrativo (principio enunciato nell'art. 1, 2° comma, l. n. 241/1990), che militano a favore della superfluità della comunicazione per i soggetti che ad esso hanno dato impulso⁴⁶.

La *ratio* dell'aggiunta della lett. c) *ter* nell'art. 8, 2° comma, deve dunque essere colta leggendo la norma in collegamento con l'art. 2 – che prevede l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso entro un termine prestabilito (con regolamento dell'amministrazione o in via residuale entro 30 giorni) – e con il successivo art. 2 *bis* (introdotto dalla l. n. 69/2009), che sancisce la responsabilità dell'amministrazione in caso di inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Si rileva infatti che una diversa interpretazione (secondo la quale la lettera c) *ter* dell'art. 8, 2° comma, debba essere letta nel senso della necessità della comunicazione anche per i procedimenti ad istanza di parte) determinerebbe un'evidente incertezza circa i termini di conclusione del procedimento, venendosi a creare una irragionevole duplicazione di tali termini: uno che inizierebbe a decorrere, ex art. 2, dal ricevimento della domanda; l'altro che invece dovrebbe essere calcolato a partire dalla comunicazione di avvio del procedimento effettuata dall'amministrazione al soggetto istante⁴⁷.

⁴³ Si pensi, ad esempio, ai procedimenti volti ad ottenere il rilascio del permesso di soggiorno, ovvero alle procedure concorsuali; T.a.r. Lazio Sez. II, 1 settembre 2009, n. 8330, in *Foro amm. T.a.r.* 2009, 9, 2457; Cons. St., Sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7283, in *Foro amm. C.d.S.* 2009, 11, 2646; Cons. St. Sez. IV, 31 maggio 2003, n. 3037; T.a.r. Lazio, Sez. I, 12 dicembre 2008, n. 11351, in www.giustizia-amministrativa.it; la comunicazione sarebbe, invece necessaria nel caso di diniego di rinnovo di permesso di soggiorno quando questo implica una revoca del titolo pregresso in quanto sfornito di uno dei suoi presupposti legali: T.a.r. Veneto, Sez. III, 19 aprile 2007, n. 1215, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴ Cons. St., Sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3227, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵ D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in L.R. PERFETTI, *Le riforme della L. 7 agosto 1990 n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 37 ss; R. GIOVAGNOLI E M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Milano, 2007, 461.

⁴⁶ T.a.r. Napoli, Sez. IV, 6 dicembre 2006, n. 10440, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Napoli, Sez. IV, 8 novembre 2006, n. 9417, in www.giustizia-amministrativa.it; G. FERRARI, art. 7, cit., 235.

⁴⁷ G. FERRARI, Part. II, artt. 7-9, 13, 234-235, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, diretti da P. DE LISE e R. GAROFOLI, Roma, 2009.

6. Art. 10 bis quale modalità ulteriore di partecipazione per i procedimenti ad istanza di parte.

Un'ulteriore forma di comunicazione è stata prevista per i procedimenti ad istanza di parte dall'articolo 10 *bis*; la norma, introdotta con l. n.15/2005, stabilisce che il responsabile del procedimento o l'autorità competente comunichi ai soggetti istanti, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, i motivi ostativi all'accoglimento della domanda. La disposizione si prefigge di consentire ai soggetti che hanno dato impulso al procedimento di presentare osservazioni scritte, documenti ed ulteriori elementi istruttori atti a scongiurare l'esito sfavorevole del procedimento⁴⁸.

L'articolo 10 *bis* riprende le indicazioni già contenute nel testo della «Commissione Nigro» introducendo una modalità rafforzata di contraddittorio nei procedimenti avviati ad istanza di parte, che si pone in linea con il principio del giusto procedimento, in base al quale l'amministrazione è tenuta ad ascoltare i soggetti interessati nelle ipotesi di provvedimenti reiettivi dell'istanza⁴⁹.

L'ulteriore partecipazione introdotta nel 2005 conferma la logica regolatoria selettiva che pervade la legge sul procedimento, prevedendo una garanzia più stringente a tutela dei soli interessi pretensivi correlati all'emanazione di provvedimenti favorevoli per i soggetti istanti, escludendo invece i terzi interessati⁵⁰.

La specificità di questo nuovo modello partecipativo si fonda sul più stretto rapporto comunicativo tra amministrazione e cittadino e sul differente momento procedimentale nel quale è consentito al soggetto istante di intervenire: rapporto non più squilibrato ed ispirato alla "separatezza" dell'amministrazione rispetto agli amministrati, ma ancora più incline a favorire una dimensione "relazionale" e "dialogica" nella quale al cittadino è data la possibilità di confrontarsi direttamente con le ragioni discrezionali della scelta finale⁵¹.

L'intervento, infatti, non si colloca nella fase istruttoria – in un momento in cui le alternative di composizione degli interessi emergenti nel provvedimento sono ancora aperte – ma in un momento (pre)decisionale poiché l'amministrazione ha l'obbligo di esternare «i motivi ostativi» all'accoglimento del provvedimento, che risulta ormai pressoché compiuto nel suo contenuto dispositivo⁵².

La partecipazione di cui all'articolo 10 *bis* riconosce nei procedimenti ad istanza di parte una differente opportunità difensiva, consentendo ai soggetti che si sono rivolti all'amministrazione per ottenere provvedimenti ampliativi di influire con maggiore consapevolezza sulla decisione finale, secondo un duplice percorso: da un lato, presentando ulteriori allegazioni documentali mancanti,

⁴⁸ T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II, 18 maggio 2005, n. 3921, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁹ Il testo della «Commissione Nigro» disponeva che «in tutti i casi in cui il procedimento ha inizio su domanda di un soggetto diverso da colui al quale spetta la decisione finale, l'amministrazione è tenuta ad informare l'iniziatore della propria determinazione ad orientarsi negativamente in ordine alla richiesta da lui avanzata». Anche il par. 28 della legge federale tedesca sul procedimento amministrativo prevede analoghe garanzie nei procedimenti che si concludono con atti sfavorevoli.

⁵⁰ La figura sostanziale ed a rilievo costituzionale dell'interesse legittimo viene scomposta in due sottocategorie: interessi legittimi oppositivi ed interessi legittimi pretensivi, dotati di distinte forme di tutela. La distinzione, nata ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno, è stata definita nella sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999.

⁵¹ F. MERUSI, *Diritti fondamentali e amministrazione*, cit., 550 ss; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione*, cit., 550 ss; P. LAZZARA, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie avanti l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Gior. dir. amm.*, 2002, 361ss; G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, 1998, 166 ss.

⁵² D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in L. R. PERFETTI, *Le riforme della L. 7 agosto 1990 n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, cit., 37 ss; 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, 599ss.

dall'altro, opponendosi alla scelta negativa dell'amministrazione attraverso la prospettazione di soluzioni alternative, che l'amministrazione deve comunque valutare, esternando, nella motivazione del provvedimento finale, le ragioni per le quali non le ha eventualmente prese in esame per correggere la decisione in senso favorevole all'istante.

Finalità di collaborazione e finalità di tutela anticipata dell'interesse pretensivo del cittadino che non appiano agevolmente disgiungibili.

7. Situazione giuridica soggettiva legittimante la partecipazione.

Accanto ai criteri di legittimazione procedimentale legislativamente stabiliti⁵³, la dottrina si è preoccupata di precisare le cosiddette pretese partecipative. I diversi modelli di partecipazione contenuti nella legge presentano la difficoltà di definire il contenuto e la natura della situazione giuridica soggettiva legittimante l'intervento nel procedimento: le posizioni oscillano tra il considerare la situazione soggettiva correlata alla partecipazione ora come interesse legittimo, ora come diritto soggettivo, ora come interesse procedimentale⁵⁴.

Incertezza teorica imputabile alla circostanza che l'interesse che il soggetto interveniente, attraverso il deposito di memorie e documenti, rappresenta all'amministrazione – ai fini di un suo equo contemperamento con la congerie di interessi emersi nella fase istruttoria – precede il concreto esercizio del potere; in altri termini, prima della formulazione del dispositivo del provvedimento risulta impossibile conoscere le modalità con cui la situazione giuridica soggettiva verrà incisa dal provvedimento, e quindi verificare la sussistenza di una relazione qualificata tra il bene oggetto del procedimento e l'interesse dell'interveniente⁵⁵.

Le diverse soluzioni proposte dipendono dunque dalla circostanza che la legittimazione all'intervento si fonda sulle possibili conseguenze e sul potenziale pregiudizio che potrà derivare alla situazione giuridica soggettiva dall'esercizio del potere; la reale consistenza di quest'ultima potrà essere definita soltanto con la produzione dell'effetto giuridico tipico discendente dal provvedimento finale, che chiude la sequenza procedimentale⁵⁶.

8. Gli interessi procedimentali.

La tesi che propende per una qualificazione in termini di mero interesse procedimentale muove dalla considerazione secondo la quale la situazione soggettiva correlata alla partecipazione costituirebbe un interesse che nasce e si esaurisce nell'ambito del procedimento. Si tratterebbe, in altri termini, di interessi che non si riferiscono direttamente a beni della vita, ma a «fatti

⁵³ Destinatari dell'obbligo di comunicazione, e quindi legittimati ad intervenire nel procedimento ex articolo 7 della l. n. 241/1990, sono tre distinte categorie di soggetti: a) i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti; b) quelli che per legge debbono intervenire; c) i soggetti, diversi dai destinatari diretti del provvedimento, individuati e facilmente individuabili alla cui sfera soggettiva possa derivare un pregiudizio dal provvedimento.

⁵⁴ M. OCCHIENA, *Partecipazione e tutela giurisdizionale*, in *Atti del Convegno di Studi dell'Università degli Studi di Catanzaro, La partecipazione negli enti locali problemi e prospettive*, Copanello (6 e 7 luglio 2001); M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedimentali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia*, a cura di R. FERRARA e S. SICARDI, Padova, 1998, 289 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996; A. TRAVI, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 531 ss.

⁵⁵ S. COGNETTI, *"Quantità" e "Qualità" della partecipazione*, cit., 21 ss.

⁵⁶ M. OCCHIENA, *La partecipazione negli enti locali problemi e prospettive*, cit., 28 ss.

procedimentali che a lor volta investono beni della vita»⁵⁷; opzione ermeneutica superata dalla negazione dell'autonomia concettuale della categoria degli interessi procedimentali, fondata su due ordini di argomentazioni: da un lato, la negazione della loro giustiziabilità a prescindere dalla lesione dell'interesse legittimo, rispetto al quale si collocano in una posizione strumentale; dall'altro, la considerazione che l'interesse partecipativo, come esempio di interesse procedimentale, non si esaurisce all'interno dell'*iter* procedimentale⁵⁸: la pretesa giuridica di chi interviene nel procedimento non trova soddisfazione nella mera presentazione di osservazioni e memorie, o nella loro acquisizione da parte dell'amministrazione, ma si realizza quando quest'ultima, prendendo in considerazione l'interesse di natura sostanziale rappresentato dal soggetto interveniente, lo riversa nella scelta amministrativa; in questo modo il contributo partecipativo incide sull'assetto di interessi cristallizzato nel provvedimento finale⁵⁹. Prospettiva ermeneutica che, ricostruendo i criteri di legittimazione della partecipazione, evidenzia l'unicità della situazione giuridica soggettiva che legittima l'intervento nel procedimento e la tutela di fronte al giudice amministrativo⁶⁰; è la diversità dei momenti in cui viene utilizzata la legittimazione (procedimentale e processuale) rispetto al concreto esercizio del potere amministrativo⁶¹ che consentirebbe di disgiungere l'interesse a veder rispettate le pretese partecipative da quello volto a contestare la legittimità del provvedimento, presentandosi il primo come un interesse legittimo meramente "potenziale", a differenza del secondo che, presumendosi leso da un provvedimento, possiede già i contorni di un interesse legittimo "reale"⁶².

Gli interessi procedimentali, tra i quali si annovera l'interesse partecipativo, vengono così assorbiti dall'interesse legittimo, configurandosi quali mere manifestazioni di quest'ultimo, che non lascia spazio ad altre situazioni giuridiche all'interno del procedimento. Interesse legittimo quale situazione sostanziale, che "dialoga" con il potere dell'amministrazione ed ha ad oggetto un bene della vita che trova tutela indiretta nelle norme del procedimento; somma di tutte le facoltà riconosciute al privato di fronte all'esercizio del potere⁶³.

9. La pretesa partecipativa come diritto soggettivo.

Diverso filone dottrinale attribuisce alla situazione legittimante l'intervento la consistenza di diritto soggettivo, attraverso ricostruzioni che – pur seguendo percorsi differenti – individuano nella legge sul procedimento un coacervo di norme di relazione, che implicherebbero la parità di posizione delle parti coinvolte nel perseguimento della soluzione finale; tesi che riceverebbe conferma dalla lettera dell'articolo 10 l. n. 241/1990, che, disciplinando le facoltà connesse alla partecipazione (prendere visione degli atti, presentare memorie e documenti) utilizza il termine "diritto"⁶⁴.

⁵⁷ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 77; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 57 ss; M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedimentali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, cit., 290 ss.

⁵⁸ F. G. SCOCA, voce *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XVII, 9 e 12 ss.

⁵⁹ S. COGNETTI, *Qualità e quantità della partecipazione*, cit., 49 ss.

⁶⁰ S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, cit., 47 ss., il quale osserva che le espressioni "effetti diretti" e "pregiudizio" utilizzate nell'art. 7 individuano i soggetti legittimati ad intervenire in base al rapporto che si instaura tra il soggetto ed un bene della vita.

⁶¹ S. COGNETTI, *Qualità e quantità della partecipazione*, cit., 53 ss.

⁶² S. COGNETTI, *Qualità e quantità della partecipazione*, cit., 57.

⁶³ F.G. SCOCA, voce *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., *passim*.

⁶⁴ E. DALFINO, L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, V, 382; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 142 ss. A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 150.

Medesima qualificazione della pretesa partecipativa in termini di diritto soggettivo viene sostenuta muovendo dalla distinzione, nell'ambito del procedimento, tra "fase del provvedimento" e "fase della decisione": nella fase provvedimentale si assisterebbe all'esplicazione di un potere autoritativo dell'amministrazione, rispetto al quale le situazioni giuridiche dei privati avrebbero la consistenza di interessi legittimi; mentre nella fase propriamente decisionale l'azione amministrativa sarebbe espressione di una capacità di agire analoga a quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento e dunque, data la natura paritaria del rapporto, le pretese partecipative avrebbero consistenza di diritti soggettivi⁶⁵.

Un'ulteriore lettura delle disposizioni della l. n. 241/1990 scorge in capo all'amministrazione dei doveri di correttezza, che non si traducono nella soddisfazione dell'interesse materiale connesso alla pretesa partecipativa, bensì sono funzionali all'obiettivo di inquadrare i rapporti tra amministrazione e cittadini in termini paritari. Al duplice fine di tutela della dignità del cittadino e di indirizzo dell'azione amministrativa corrisponderebbero due distinte situazioni giuridiche soggettive – la prima di diritto soggettivo e la seconda di interesse legittimo – fornite di specifica tutela adeguatamente modulata, che prevede la possibilità di azioni disgiunte⁶⁶.

10. Pretesa partecipativa e modelli di partecipazione.

Si ritiene che la questione teorica della qualificazione della posizione soggettiva di chi interviene nel procedimento debba essere affrontata secondo una prospettiva più ampia, che tenga in debita considerazione la natura delle disposizioni contenute nella legge italiana sul procedimento ed i modelli di partecipazione in essa delineati.

La legge n. 241/1990, in quanto legge di principi, disciplina la forma attraverso la quale il potere amministrativo dovrà essere esercitato⁶⁷, lasciando spesso l'ulteriore dettaglio (specificazione di termini, elencazione di ambiti materiali di applicazione) alle norme dell'amministrazione, cioè al regolamento, fonte costituzionalmente competente in materia di organizzazione e di procedimento⁶⁸. La funzionalizzazione dell'azione amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico (artt. 1, 11) non sembra lasciare dubbi circa la riconducibilità della situazione soggettiva legata alla partecipazione al genere dell'interesse legittimo. Questa convinzione discende altresì dalla complessiva disciplina ricavabile dalle norme contenute nel capo III, che subordinano l'accoglimento dei contributi partecipativi del soggetto legittimato ad intervenire ad un discrezionale giudizio dell'amministrazione di rilevanza del contenuto delle memorie rispetto all'oggetto del procedimento (art. 10).

La valenza garantistica della partecipazione resta assorbita dalla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, nel senso che la tutela dell'interesse privato trova un concreto spazio operativo solo nella misura in cui si inserisca nel cammino di attuazione del potere amministrativo. Concepire una pretesa partecipativa fine a se stessa, sganciata dalla sua finalità di agevolare una rappresentazione esaustiva del possibile quadro di composizione degli interessi coinvolti, risulterebbe estraneo alla *ratio* della partecipazione e privo di utilità concreta, anche nella prospettiva dell'eventuale successiva tutela (cfr. art. 8); così come immaginarla alla stregua di un

⁶⁵ A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 142 ss; A. TRAVI, *Interessi procedurali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto (A proposito di due contributi di Duret e di Zito)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 532 ss.

⁶⁶ A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 985.

⁶⁷ F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 3 ss.

⁶⁸ V. CERULLI IRELLI e C. PINELLI, *Verso il federalismo: normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Bologna, 2004.

diritto soggettivo si porrebbe in contrasto con quel modello di azione amministrativa che la legge sul procedimento intende realizzare, preservando, al di là delle aperture ai moduli consensuali, il suo statuto di "specialità"⁶⁹.

La situazione soggettiva correlata alla partecipazione si caratterizza per essere tutelata in maniera indiretta, attraverso l'imposizione di vincoli ad un potere altrui – l'obbligo della comunicazione, il dovere di valutare l'apporto collaborativo dei soggetti intervenienti, il preavviso di rigetto –, ossia all'esercizio del potere amministrativo, dal quale esclusivamente dipende la definizione del contenuto dispositivo del provvedimento, anche laddove al soggetto privato sia consentito di contribuire alla completezza dell'istruttoria o di difendere la propria posizione soggettiva. I "diritti procedurali" appaiono sempre strumentali rispetto alla decisione ed al provvedimento da assumere, risultando corredati di una tutela tipica dell'interesse legittimo⁷⁰.

L'interesse legittimo si affianca, condizionandolo dall'interno, al potere amministrativo e ne segue le sorti; esso resta sempre disponibile dall'amministrazione, a differenza di quanto accade per il diritto soggettivo, che – in ragione della piena tutela apprestata dall'ordinamento – rappresenta per l'amministrazione un limite invalicabile⁷¹.

La configurazione della pretesa partecipativa alla stregua di un interesse legittimo non risulta compromessa dall'andamento discontinuo del legislatore italiano del 2005; l'incertezza circa il depotenziamento della partecipazione (art. 21 *octies*) o il suo rafforzamento (art. 10 *bis*) non sottrae i modelli di partecipazione ricavabili dalla legge ad un comune statuto procedurale, corretto verso un'accezione più sostanzialistica, che lascia in ogni caso all'amministrazione la responsabilità della scelta finale.

⁶⁹ B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987.

⁷⁰ G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale*, in *Le riforme della L. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, cit., 4.

⁷¹ ALB. ROMANO, *Commentario. Art. 26 t.u. del Consiglio di Stato 1924 n. 1054*, cit., *passim*.